Das

Senatus consultum Macedonianum.

Eine civilistische Monographie

von

Dr. Gustav Dietzel,
a. o. Prof. an der Universität Leipzig.

Leipzig,
Verlag von S. Hirzel.
1856.

Herrn

Dr. Carl Georg v. Wächter

ein öffentliches Zeichen der Dankbarkeit.

Vorrede.

Es ist mir nicht leicht geworden, die Scheu vor der Veröffentlichung der ersten größeren Arbeit zu überwinden. Ich meine nicht bloß die Scheu des Anfängers; auch um der Sache willen hätte ich die Arbeit wohl noch zurückhalten mögen. Das sctum Macedonianum ist zwar als ius singulare für sich abgeschlossen; aber es greifen doch aus dem commune ius wichtige Fragen ein, die gerade hier praktisch sich zeigen und deren Lösung für das Senatusconsult vorausgesetzt werden muß. Ich denke dabei vorzugsweise an die Peculiarverhältnisse, an die naturalis obligatio, an das constitutum. Daß die Untersuchungen über diese Lehren noch nicht zum Abschluß geführt haben, wird kein Zweifel sein. Excurse konnten aber nicht genügen; und so blieb mir nur die Wahl, entweder soweit möglich wenigstens andeutend auf jene Institute einzugehen oder diese Abhandlung so lange zu unterdrücken, als bis ich zugleich die Monographieen über jene Lehren herausgeben könnte. Das Letztere wäre gewiß zum Vortheil dieser Abhandlung gewesen. Ich habe gleichwohl das Erste vorgezogen, weil ich durch eine eingehende Kritik des Senatusconsultes auch für die Behandlung der angedeuteten Institute zu gewinnen hoffe, und weil noch im Laufe dieses Jahres eine ausführliche Monographie über die naturalis obligatio erscheinen soll.

Leipzig im August 1856.

Dietzel.

Inhalt.

Das senatus consultum Macedonianum.

§ 1. Einleitung.

Eine selbstständige Behandlung des senatus consultum Macedonianum scheint mir aus theoretischen wie praktischen Gründen noch immer gerechtfertigt. Die Theorie, welche in den neueren Untersuchungen über exceptio und naturalis obligatio stets auf jenes Senatusconsult sich gewiesen sieht, hat dasselbe zur Aufstellung sehr verschiedener Principien benutzt. Es hätte Bedenken erregen sollen, ob und wie weit ein ius singulare zu einem normalen Princip führen könne; doch wurde dieses Bedenken, meines Wissens, ernstlich nicht erhoben und erwogen. Eher könnte der Umstand, daß wir hier ius singulare haben, verführen, alle die exceptio und naturalis obligatio berührende Fragen von dem Standpunkte des Senatusconsultes aus ohne Antwort zu lassen; der Untersuchung über das Senatusconsult wäre damit zu einem großen Theile das juristische Interesse entzogen. Es scheint auch, als ob jedes Ausnahme-Recht mehr Werth in facto als in iure haben müßte. Aber eine Bedeutung muß dem ius singulare auch für das ius commune, für Principfragen zuerkannt werden: daß nämlich durch das ius singulare und an demselben das Dogma des ius commune sich schärfer bestimmt und bestimmter sich aufweist. So haben die römischen Juristen das Wesen der Schenkung gerade bei dem

Ausnahme-Recht unter Ehegatten ausführlich erörtert.[1]) So tritt uns in dem sct. Velleianum wieder das Dogma des ius commune entgegen, daß aus einer Stipulation der Schuldner, ohne erst eine Leistung empfangen zu haben, zur Gegenleistung kraft der exc. doli nicht gehalten ist; dieses Dogma würde das Institut der Bürgschaft zu einer Unmöglichkeit machen, also fällt die exc. doli aus der Person des Bürgen weg: das sct. Velleianum giebt sie der bürgenden Frau wieder.[2]) Könnte nicht so das sct. Macedonianum dienen, dem Begriff und dem Dogma über die naturalis obligatio einen bestimmten Anhalt zu geben, wenigstens nach der einen Seite der Frage, wann im Fall versagter Klage eine naturalis obligatio zurückbleibe? Diese Frage gewinnt an Gewicht, wenn man dem sct. Macedonianum das sct. Velleianum gegenüber stellt. Daß nach letzterem Senatusconsult eine naturalis obligatio nicht restirt, hat keinen Zweifel;[3]) und doch lauten beide Senatusconsulte: ne actio petitioque daretur; und Beide enthalten ius singulare. Hiernach muß soviel feststehen, daß der Grund, warum in dem einen Fall eine naturalis obligatio noch fortwirke, in dem andern nicht, im ius singulare nicht gesucht werden kann und auf einem Princip beruhen muß.

Die Antwort auf die eben berührte Frage hängt nun wesentlich davon ab, daß man sich klar macht, worin die Ausnahme des ius singulare bestehe. Denn nur so läßt sich bestimmt nach-

[1]) Vergl. auch Savigny, System IV. S. 5—9. bes. Note e. u. g. und S. 166.

[2]) Hieraus erklären sich leicht die Ausnahmen, welche die römischen Juristen zuließen. — Zu der Darstellung im Text führt auch die Erörterung bei Bachofen, ausgewählte Lehren des Civilrechts. Bonn, 1848. I. Abh. S. 1—3.

[3]) Die Glosse zu l. 10 D. ad sct. Maced. 14, 6 behauptet freilich dasselbe, wie beim sct. Maced.; und in neuester Zeit Holtius, Abhandlungen civilist. u. handelsrechtl. Inhalts. Uebers. von Sutro. Utrecht, Kemink en Zoon. 1852. S. 17.

weisen, wann und wo das ius commune wieder Platz greife. Außer der Frage in Betreff der naturalis obligatio gehört hierher z. B. auch die Frage, in welchen Fällen für das Hauskind das Senatusconsult nicht, sondern das Edict gelte: „quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur" (beneficium competentiae). Da aber jede Ausnahme einen Grund haben soll, wie die Regel, und von dem Grunde Umfang und Wirkung der Ausnahme bedingt ist, so muß die nachfolgende Untersuchung vor Allem den Grund des Senatusconsultes festzustellen suchen. Es ist hier sehr die Frage, ob der Grund nur ein äußerer sei, oder ein innerer, in dem Rechtssysteme überhaupt z. B. hier in der rechtlichen Stellung der Hauskinder oder sachlich in der Natur des Rechtsverhältnisses gelegen. Und wenn nun nach diesen verschiedenen Beziehungen der Grund sich wirksam zeigt, wie wirken sie nebeneinander auf die Gestaltung des Ausnahme-Rechts ein? Man erkennt, daß der Interpretation hier viel zu thun bleibt. Darf und wie weit darf der bloß äußere Grund die Interpretation bestimmen? Wo ist der innere Grund vorhanden, wann also gilt die Ausnahme, wann das ius commune?

Wenn sich durch die Rücksicht auf den Grund des ius singulare bestimmt, ob und wann dasselbe im concreten Falle gelte oder nicht, so muß eben auch hierdurch sich bestimmen lassen, ob dasselbe in abstracto überhaupt noch statthaft sei. Auch hier wiederholen sich jene Fragen, was ist auf den äußeren Grund, was auf den inneren zu geben? Den inneren Grund will ich von nun an den rechtlichen oder Rechtsgrund nennen.

Es ergeben sich hiermit für die Untersuchung folgende Hauptpunkte:

1) Das Recht vor dem Senatusconsulte, also das ius commune in Betreff von Geschäftsobligationen der Hauskinder, einschließlich das prätorische Edict quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur.

2) Der rechtliche Grund des Senatusconsultes.

3) Der äußere Grund des Senatusconsultes: Beschränkung auf mutua pecunia data.

4) Die exceptio senatus consulti Macedoniani.

5) Die naturalis obligatio des Hauskindes.

6) Die praktische Geltung in unserem gemeinen Rechte.

Bevor ich zur Erörterung dieser Punkte übergehe, will ich nur kurz die Stellung der bisherigen Literatur zu dem Senatusconsult berühren.

§ 2. Die Literatur.

Das Recht des Senatusconsultes mit allen einschlagenden Fragen ist, meines Wissens, nur von Donellus, comment. lib. XII. c. 24—28 ed. Bucher, und von Glück, Erläut. d. Pand. XIV. S. 302—354, im Zusammenhange und ausführlich dargestellt worden. Die zahlreichen Dissertationen des vorigen Jahrhunderts waren mir unzugänglich, scheinen aber, wie aus Glück a. a. O. hervorgeht, sich vorzugsweise nur mit einzelnen Fragen zu beschäftigen z. B. über die Zeit des Senatusconsultes, über den Text desselben. In der neueren Zeit hören auch die Dissertationen auf; wir sind allein auf die Lehrbücher verwiesen. Nur soweit das Senatusconsult in die Lehre von den Exceptionen, besonders aber der nat. obl. hineinführt, ist dem Senatusconsult in neuester Zeit eine größere Rücksicht zu Theil geworden; es sind hier zu nennen Büchel, civilr. Erörterungen, Marb. 1836. II. 1. S. 103 fg., Christiansen, zur Lehre von der nat. obl. u. cond. indeb. Kiel, 1844. S. 106—111., Savigny, System V. S. 374—80. und Obligationenrecht I. S. 77. 78. 115—120, Holtius a. a. O. S. 18. 21 u. S. 26.

Den charakteristischen Unterschied der früheren und der neueren Literatur über das Senatusconsult glaube ich durch Folgendes

bezeichnen zu können. Gerade die Frage, welche heut zu Tage die Theorie beschäftigt, warum die exc. scti Macedoniani die naturalis obligatio bestehen lasse, ist von Donellus bis auf Glück einer eingehenden Untersuchung nicht gewürdigt worden. Donellus [1]) betrachtet offenbar die naturalis obligatio als eine Folge des ius singulare, wovon auf andere Fälle ein Schluß unzuläßig sei; und daran hält auch noch Glück a. a. O. S. 312 fest. Als reine Singularität stellt dies unter den Neueren wohl nur noch von der Pfordten [2]) auf. Die neuere Literatur hat sich hierbei nicht beruhigt; und wohl mit Recht. Ueber das Princip freilich ist man bis heute nicht weiter einig, als daß es in dem Charakter der Exceptionen gefunden werden müsse. Darnach unterscheidet Büchel a. a. O. exceptiones in odium creditoris, die die naturalis obligatio nicht entkräften sollen, von exc. in favorem debitoris. Diese Unterscheidung hat zwar in drei Aussprüchen römischer Juristen einigen Anhalt; aber jene Aussprüche sind nur der Versuch einer Erklärung, und die Unterscheidung ist nach keiner Seite hin sicher durchzuführen.[3]) Dagegen schlägt Savigny a. a. O. die Unterscheidung in exc. iuris civilis und iuris gentium vor: weil die nat. obl. im ius gentium beruhe, so könne von einer exc., welche dem ius gentium fremd ist, die nat. obl. nicht beseitigt werden. Diese Unterscheidung empfiehlt sich durch das ihr zu Grunde liegende römische Axiom: quibus modis acquirimus, iisdem modis amittimus. Allein die Durchführung dieses Princips ist eben

---

[1]) Comment. XII. c. 2, § 12. Nec obstat exceptio, quoniam sic ista per occasionem personae filiifamilias inducta est, ut non tam ideo inducta sit, quo ille exoneraretur, quam ut hac poena afficeretur qui pecuniam credidit.

[2]) De oblig. civilis in naturalem transitu. Lips., 1843. p. 12 u. p. 29, Note z.

[3]) Ich verweise deßhalb auf Savigny, System V. S. 375—377.

so wenig mit Sicherheit möglich; und daß Savigny[4]) ius gentium umschreibt mit naturalis ratio oder aequitas, vermehrt die Unsicherheit. Ob ferner die naturalis obligatio im ius gentium die Wurzel habe, ob nat. ratio ein rechtliches Princip sei, — dies Alles scheinen mir noch ungelöste Fragen. Aber wäre auch das Princip wahr und nur die Durchführung schwierig, so sehe ich doch nicht, wie der formale Ursprung der Exceptio — und substituirt Savigny doch nicht sogleich das materielle Moment der nat. ratio oder aequitas? — von solchem Einfluß sein kann. So wenig durch die actio ein Recht entsteht, so wenig kann durch exceptio ein solches entstehen oder aufhören. Die exceptio ist nicht Entstehungsgrund, nicht Tilgungsgrund eines Rechtes, weder des Eigenthums, noch der Obligatio, auch nicht der nat. obligatio: das Gegentheil muß streng genommen Savigny, Pfordten behaupten. Ich finde hierin den Haupteinwand gegen jenes Princip. Daß endlich hierzu die exc. sc. Velleiani nicht paßt, da sie doch auch wie die exc. sc. Macedoniani dem ius gentium fremd ist, bemerkt Savigny[5]) selbst und erklärt dies in folgender Weise: „Ohne Zweifel hielt man den Schutz der Frauen nicht für ausreichend, wenn nicht auch alle mit der nat. obl. verbundenen indirecten Wirkungen ausgeschlossen würden. So erschuf man für diesen einzigen Fall gleichsam eine künstliche naturalis aequitas; und so sonderbar dieses auf den ersten Blick erscheint, so ist es doch

---

[4]) S. z. B. Obligationenrecht I. S. 115. — So rechtfertigt Savigny ebenda S. 65 die nat. obl. pupilli aus der nat. ratio, und eben deßhalb leugnet es Puchta, Pandekten § 237. h.; ebenso deducirt Savigny S. 97. die nat. obl. in Folge der Klagverjährung daraus, daß Letztere nicht in der nat. ratio sich begründe, und eben das wieder bestreitet Pfordten a. a. O. p. 27—30, welcher doch das Princip Savigny's im Ganzen für richtig hält. — Dieser Streit beweist nun freilich nicht gegen die Wahrheit des Princips, aber doch gegen den sichern Ausgangspunkt.

[5]) Obligationenrecht I. S. 78. 119 u. System V. S. 379.

im Wesentlichen Dasselbe, wie wenn überhaupt Gesetze von zwingender Natur die Anwendung des ius gentium in einzelnen Fällen verhindern." Aber auch der Satz, daß nach dem sct. Maced. die nat. obl. noch bleibe, erscheint nun als „eigenthümliche Bestimmung." „Es scheint also, daß man glaubte, bei dem positiven Verbot gegen dieses Darlehen weniger streng eingreifen zu müssen." Darnach sieht doch Savigny nicht bloß beim sct. Vell. sich vom Princip verlassen, sondern er giebt es auch gegenüber dem sct. Maced. auf. Er sagt doch, was schon Donellus schrieb: die nat. obl. in diesem Falle ist Folge des ius singulare, gerade so wie das Gegentheil beim sct. Vell. auch Folge des ius singulare ist.[6]) Aber das ius singulare lautet nur: ne actio petitioque detur; die Entscheidung über die nat. obl. ist Sache juristischer Interpretation. Und wenn ich überhaupt das Princip Savigny's nicht anerkenne, so kann ich eben so wenig billigen, wie er die verschiedenen Wirkungen beider Senatusconsulte rechtfertigt: eine Erklärung kann ich nicht darin finden. Darnach steht unsere Literatur nach dieser Seite hin noch immer auf dem Standpunkte des Donellus. Meine Ansicht ist aber, daß die Antwort auf unsere Frage weder unter den Einfluß des ius singulare gestellt, noch überhaupt von dem formalen Charakter der Exceptionen bedingt werden kann. Nur darin stimme ich mit

---

[6]) Christiansen a. a. O. meint doch dasselbe, wenn er behauptet, daß die Frage, wann „die neben einer exc. vorhandene nat. obl. für unwirksam erklärt werde," nicht nach einer „höheren iuris ratio, sondern nur nach einer im concreten Falle enthaltenen utilitatis ratio" sich entscheiden lasse. „Der practische Zweck", „der politische Grund" der exc. bestimmt. Nun soll das sct. Maced. „von der Eingehung des Geschäfts" abhalten; dieser Zweck schließe also die nat. obl. nicht aus; anders beim sct. Vell. Das halte ich für gefährliche Subtilität. — Holtius a. a. O S. 26 nimmt auch nach dem sct. Vell. die nat. obl. an und erklärt nun das solutum repetere hier, und das solutum non repetere beim sct. Maced. aus dem „Unterschied des politischen Zweckes, daß es nicht auch so war!" Die Erklärung der nat. obl. aus dem Charakter der Exceptio verwirft er S. 18.

Büchel, Savigny überein, daß eine principielle Entscheidung der Frage gesucht werden müsse.[7])

Wie sehr bei Erörterung der ebenberührten Frage der Zweck, der sog. politische Grund des Senatusconsultes mit eingewirkt hat, ist nicht zu verkennen. So fügt auch Savigny[8]) zur Rechtfertigung der nat. obl. hinzu: „Für die Verhütung der wirklich gefährlichen, vielleicht strafbaren Fälle konnte schon die bloße Versagung der Klage ausreichend scheinen, da sich der Wucherer schwerlich auf ein Geschäft einlassen wird, das nur in den Wirkungen der nat. obl. einen höchst zufälligen und unsichern Schutz finden könnte." Besonders aber finden wir in der älteren und neueren Literatur jenen Grund reichlich benutzt, um die Geltung des Senatusconsultes, die Statthaftigkeit der exceptio bald zu bejahen, bald zu verneinen. Der criminal-polizeiliche Gesichtspunkt wurde soweit verstanden, daß wer einem Hauskinde Geld darleiht, mehr oder minder als ein Delinquent erscheine.[9]) Darnach wurden nun unbedenklich jene Fragen entschieden. So erklärt Donellus[10]) die Ungültigkeit des Senatusconsults, wenn der Gläubiger aus gutem Grunde das Hauskind für einen Hausvater hielt, in folgender Weise: „animadvertere enim licet senatusconsulto denegari actionem in creditores non simpliciter, sed hac de causa quod mutuum dando filiisfamilias materiam praeberent malis moribus. Proinde hac de causa quid deliquissent. Unde denegatae

[7]) Neuerdings bezweifelt das wieder Sintenis, Civilrecht II. S. 11 Note 15: „es sei zu untersuchen die Wirksamkeit der einzelnen Exceptionen." Der Nachweis wird aber nicht einmal beispielsweise geführt.

[8]) Obligationenrecht I. S. 78.

[9]) S. auch Glück a. a. O. S. 315. 16: „der Staat selbst ist dabei interessirt". Sintenis Civilr. II. S. 509. Note 40: „es handelt sich bei der exc. sc. Maced. um die Berücksichtigung eines die Klagbarkeit betreffenden Umstandes, dem weniger eine privatrechtliche Tendenz innewohnt, als eine solche, woran der Staat ein Interesse nimmt."

[10]) XII. c. 26. § 3.

actionis poena. Nulla autem poena sine delicto. Atqui nullum delictum est in eo qui iusto errore falsus putavit rel." Aehnlich beantwortet Donellus[11]) die Frage, ob das Hauskind auf die exc. verzichten könne: „at non puniretur creditor, si liceret filiofamilias omissa per dissimulationem exceptione sese necessitati solvendi ex sententia subiicere;" Glück[12]) sieht dagegen in diesem Falle davon ab, während wieder Sintenis[13]) sich auf den Zweck des Senatusconsults, „Schutz der Väter gegen Gefahr", beruft, um die Berücksichtigung der exceptio ex officio iudicis zu erklären. Und den von Vielen gemachten Unterschied, ob das Hauskind selbst sich betrüglich für einen Hausvater ausgab oder ob der Irrthum des Gläubigers auf anderen Gründen beruhe, verwirft v. Vangerow[14]) rücksichtlich der Zuständigkeit der exc. um deßwillen, „weil ja doch das ganze Gesetz nur eigentlich gegen betrügerische Kreditoren gerichtet ist." In der Art und Weise, wie die römischen Juristen das Senatusconsult interpretiren, ist aber eine solche Bezugnahme auf den criminal-polizeilichen Gesichtspunkt gewiß nicht wahrzunehmen. Man möchte bei dem Gewicht welches diesem Grunde von den Neueren beigelegt wird fragen, warum der Senat dann nicht besser das ganze Geschäft für null erklärt habe, und warum nicht wenigstens die römischen Juristen dazu sich verstanden. Auch ist es dann eine schwache Hülfe von Seiten des Senates, daß er sich nur auf Darlehensschuld beschränkte; jener Gesichtspunkt hätte doch eine allgemeinere Fassung erwarten lassen. Daß dieser Gesichtspunkt ein völlig zweideutiger ist, leuchtet ein; nicht eine einzige Bestimmung läßt sich mit

---

[11]) XII. c. 25. § 12.

[12]) S. 347. 348.

[13]) Civilrecht II. S. 509. Note 40: es sei allerdings auch poena creditorum beabsichtigt, bemerkt Sintenis noch, ohne daß man sieht, ob dadurch eine Beschränkung angedeutet werden soll.

[14]) Leitfaden I. S. 521. 2a. 6. Aufl.

Sicherheit daraus ableiten. Daher verlasse ich denselben gänzlich, und versuche für das Verbot wie für die Beschränkung auf mutua pecunia einen anderen Grund zu ermitteln und mit dessen Hülfe Geltung und Umfang des Senatusconsults zu bestimmen. Es wird dann auch die Frage am Ort sein, ob das Senatusconsult noch heute gemeinrechtlich gelte; eine Frage die freilich von Allen als eine müßige bezeichnet wird, weil der criminalpolizeiliche Gesichtspunkt als der alleinige gilt.[15]) Eine Vergleichung des Senatusconsultes mit dem prätorischen Edict quod cum eo qui in aliena potestate soll dazu beitragen, jene Frage über die heutige Geltung des Senatusconsultes wohl zu rechtfertigen; freilich wird auch das in jenem Edict gewährte beneficium competentiae unbedenklich als noch praktisch vorgetragen, obwohl mir hiergegen noch mehr Gründe zu sprechen scheinen.

Ein anderer Fehler in der bisherigen Darstellung dieser Lehre scheint mir, daß man von dem Senatusconsult jenes Edict zu getrennt gehalten hat. Die nähere Beziehung Beider hätte mehr Rücksicht verdient; unter Anderem ist hierdurch veranlaßt, daß man das Senatusconsult, mit Ausnahme von Donellus, bei Gelegenheit des Darlehens erörterte, während nach meiner Ansicht dasselbe entweder im allgemeinen Theile der Obligationen oder noch besser im Kapitel über die patria potestas zur Darstellung kommen mußte.

Wie sehr noch im Einzelnen das Senatusconsult einer genaueren Erörterung bedarf, zeigt die Darstellung der Ausnahmen vom Senatusconsult in den heutigen Lehrbüchern. Daß diese Ausnahmen ohne alle Ordnung neben einander aufgestellt werden, hat seinen Grund überwiegend darin, daß man über dem äußeren Grunde gar nicht nach dem rechtlichen frug: gerade die Ausnahmen, welche die römischen Juristen zulassen, hätten auf den

---

[15]) S. Sintenis Civilr. II. S. 508. Note 36 mit Berufung auf Glück a. a. O. S. 354.

rechtlichen Grund hinweisen müssen. Die Ausnahmen würden damit auf ein einfaches Gesetz zurückgeführt worden sein. Indem man dies übersah, ist unter Anderen die l. 7. § 14. D. ad sct. Maced. 14, 6. von Allen, wie ich glaube, bisher falsch verstanden und bezogen worden.

Meine Ansicht im Ganzen über die bisherige Behandlung des Senatusconsultes und der einzelnen Fragen ist, daß man allein von dem äußeren Grund desselben sich bestimmen ließ. Aber so wenig bei Beurtheilung eines Rechtsfalles das Motiv, die äußere Veranlassung von Entscheidung ist, so wenig, glaube ich, darf dasselbe bei Beurtheilung eines ius commune oder singulare von Einfluß werden. Das ius singulare ist zwar contra rationem iuris (communis), aber deßhalb hat es doch seine eigene ratio: und diese muß leiten. Gerade in der Gegenüberstellung dieser ratio mit der des ius commune möchte ich das Interesse jeder Behandlung eines ius singulare finden; die Aufgabe ist nachzuweisen, welche Stelle das ius singulare gegenüber dem ius commune habe, und wie weit jenes in dieses eingreife. Dies lehrt uns aber nur die ratio des ius singulare, der rechtliche Grund, nicht der äußere, nicht hier der politische Zweck oder wie man es nennen mag.

§ 3. Das prätorische Edict:

Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur.

Das Hauskind kann sich gegen Dritte unbeschränkt verpflichten, muß also auch unbeschränkt haften, gleichviel ob es zur Zeit der Klage in der Gewalt noch steht oder nicht. So lange freilich das Gewaltverhältniß dauert, ist rechtlich in der Person des Hauskindes ein Executionsobject nicht vorhanden; das Hauskind wird

wohl zum iudicatus,[1]) die actio iudicati jedoch muß verschoben werden,[2]) bis das Hauskind zum Hausvater geworden ist. Aber mit der eigenen Vermögensfähigkeit ist noch nicht eigenes Vermögen vorhanden; das Hauskind hatte bis zur Zeit seiner Selbstständigkeit gar nicht die Fähigkeit, sich Vermögen zu erwerben. Es könnte also die Realexecution, die nun rechtlich statthaft ist, thatsächlich nicht ausgeführt werden. Dazu kann noch kommen, daß auch aus dem väterlichen Vermögen das Hauskind Nichts oder nur einen im umgekehrten Verhältniß zu seinen Schulden stehenden Theil erhielt: die Realexecution wäre dann wieder entweder unausführbar oder nur beschränkt möglich. Dies, daß das Hauskind, eben selbstständig geworden, unbeschränkt haften soll, obwohl es aus eigener Kraft noch Nichts erwerben konnte oder vom Vater her Nichts oder nur verhältnißmäßig wenig erwarb, veranlaßte das prätorische Edict,[3]) wonach die rechtlich unbeschränkte Haftung zu einer rechtlich beschränkten wurde „in quantum facere potest." Für die Schulden, die bald nach eingetretener Selbstständigkeit entstanden, gilt das Edict nicht, obwohl vielleicht noch keine Zeit und Gelegenheit war Vermögen zu erwerben.[4]) Wir sehen, es ist eine Billigkeitsrücksicht, die das Edict hervorrief. Aber diese Billigkeit muß

---

[1]) Soweit ist also doch wohl Personalexecution möglich (ductio — addictio); und daß unter Umständen Infamie schon jetzt eintrat, kann nicht bezweifelt werden.

[2]) l. 5. pr. D. quod cum eo qui in aliena pot. 14, 5. — Von dem Fall eines castrense peculium sehe ich ab.

[3]) l. 2. pr. D. quod cum eo 14, 5. — In den Worten des Edicts ist nur der Fall enthalten, daß das Hauskind vom Vater her Nichts hat. Der andre, daß dasselbe bis zur Selbstständigkeit und seit dem noch Nichts erwerben konnte, ist nur eine Weiterführung des ersten l. 4. § 4. eod. —

[4]) Daher wenn ein Hauskind credendi causa verspricht, das Darlehen ihm aber erst als Hausvater gezahlt wird, so haftet es doch in solidum, l. 3. § 4 — l. 5. D. ad sct. Maced. 14, 6. Gleichwohl ist unus contractus (verborum); aber die actio ex stipulatu würde entkräftet durch exc. doli, si non numerata est pecunia. Also hat sie nur Statt um der späteren Zahlung willen, daher die unbeschränkte Haftung.

doch einen rechtlichen Grund haben, wenn sie nicht unbeschränkt und willkürlich werden soll. Dieser rechtliche Grund ist, daß contrahirt wurde zur Zeit, wo der Gläubiger weiß, daß der Schuldner vermögensunfähig ist, und daß diese Schuld gezahlt werden soll zur Zeit, da eben erst die Vermögensfähigkeit eingetreten und weder Vermögen vom Vater her überkommen ist noch Zeit war solches sonst zu erwerben. Hieraus erklärt sich, daß schon nach dem Wortlaut des Edicts es gleich ist, ob das Hauskind ehemals sich obligirte aus eignem Antriebe oder auf Geheiß des Vaters, ob das Geschäft dem Peculium oder sonst dem väterlichen Vermögen zu Gute gekommen,[5]) und was auch immer der Grund der contractlichen Verpflichtung ist. Ebenso, daß das Edict nicht gilt, wenn das Hauskind sich für einen Hausvater ausgab;[6]) nun kommt gar nicht in Betracht, ob es vom Vater her Etwas oder Nichts hat. Es kann gefragt werden, ob das Edict auch dann nicht gelte, wenn das Hauskind, ohne Simulation seinerseits, in der gemeinen Meinung als Hausvater geachtet wurde. Denken wir an ein Darlehen, so fällt dann die exc. scti Macedoniani weg: also Haftung ist gewiß. Ob aber beschränkt oder unbeschränkt, ist die Frage. Ich entscheide für beschränkte Haftung,[7]) weil, soweit das Senatusconsult nicht anwendbar ist, das Darlehn nicht verboten ist; dem Schuldner kann nun vom Gesichtspunkte des Edicts aus nicht vorgehalten werden, daß er nach der gemeinen Meinung für einen Hausvater angesehen worden sei, wenn er selbst diese Meinung durch eigene Simulation nicht benutzt hat. Denn

---

[5]) Die aequitas allein hätte nur dazu führen können, daß das Edict gelten solle, wenn iussu patris, ex peculiari causa oder in patrimonium patris contrahirt war und gleichwohl vom Vater her kein Vermögen gewonnen wurde.

[6]) l. 4. § 1. l. 6. D. eod. Nach letzterer Stelle kann es scheinen, als ob dies nur bei bon. fidei neg. gelte. Es gilt aber ebenso bei neg. stricti iuris, so beim Darlehen, l. 10. D. de re ind. 42, 1.

[7]) Die Quellen schweigen darüber. Die Frage wird von Wichtigkeit mit Bezug auf das sc. Maced. S. unten S. 30. 31. —

wenn er auch publice als sui iuris erschien, so hat er deßhalb noch nicht eigene Vermögensfähigkeit: nur diese oder die eigene Andichtung derselben hebt den rechtlichen Grund des Edicts auf. Endlich kann in Folge jenes rechtlichen Grundes das Edict nicht gelten für den Erben[8]) des Hauskindes; dies wird gewöhnlich aus der Natur der Privilegien erklärt.[9]) Aber wie dem Erben des minor die in integrum restitutio zukommt, so könnte doch auch hier es gehalten werden; jene Erklärung scheint mir nicht auszureichen.[10])

In den kaiserlichen Constitutionen ist dies Alles unverändert wiederholt.[11])

§ 4. Das sc. Macedonianum.

Die entscheidenden Worte des sc. Macedonianum lauten: „Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent qui pessimo exemplo foenerarent nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri.“[1]) Weil ein Hauskind kein eigenes Vermögen hat, so kann sein Gläubiger, mag er auch früher klagen, doch erst mit der eingetretenen Vermögensfähigkeit (exspectata patris morte) auf Befriedigung von Seiten des Schuldners rechnen. Nun ist ein „bonum nomen“ da, weil Deckung möglich ist. Diese Aussicht auf Befriedigung wurde durch das prätorische Edict

---

[8]) l. 4. § 3. D. eod.

[9]) Glück XIV. S. 290.

[10]) Der allgemein zutreffende Grund, warum dem Erben das ben. comp. nicht zusteht, scheint mir darin zu liegen, daß der Erbe die Erbschaft ausschlagen kann.

[11]) l. 2. 4. 9 C. eod. 4, 26.

[1]) l. 1. pr. D. ad sct. Maced. 14, 6. — Diesen Titel citire ich ferner nur h. t.

dem Gläubiger wenigstens geschmälert und wurde endlich für den Fall einer Darlehensschuld durch das Senatusconsult gänzlich genommen. In der Bestimmung „ne actio daretur“ liegt, daß es keinen Unterschied macht, ob der Schuldner vom Vater her Vermögen überkam oder nicht; die Worte „etiam post mortem“ lassen keinen Zweifel, daß gerade die Rücksicht auf väterliches Gut nicht entscheiden solle. Es liegt freilich auch darin, daß der Gläubiger bei Lebzeiten des Vaters keine Klage hat;[2]) aber das nenne ich, vom praktischen Gesichtspunkte aus, das minder Wichtige. Nach dem prätorischen Edict kann zwar bei Lebzeiten des Vaters geklagt, aber doch erst wenn das Hauskind selbstständig wird exequirt werden. Eine Klage, deren Urtheil jetzt nicht vollzogen werden könnte, ist praktisch so gut wie keine. Die allgemeine Regel aller Prohibitivgesetze,[3]) jeden Rechtsbegriff thatsächlich aufzufassen, führt nun dazu, daß der Senat in jenen Worten die Exe-

[2]) Insofern gibt Paulus, sent. rec. II. 10. § 1. das Senatusconsult ungenau wieder: Qui filiofamilias — pecuniam mutuam pecuniam crediderit, post mortem patris — cum eo agere non potest. Daß das „etiam“ fehlt, könnte eine schiefe Interpretation veranlassen. Aus dem was im Text folgt erklärt sich leicht, warum Paulus das „etiam“ nicht aufnahm. Die „interpretatio“ zu jenem §. hebt das mögliche Mißverständniß: nec vivente nec mortuo patre.“ — Genau referirt Suetonius, Vespas. c. 11. — — ne post patrum quidem mortem. —

[3]) Das ist aber ebenso die Regel für Erklärung von Verträgen und letztwilligen Bestimmungen: nicht die juristische Technik und Construction, sondern das thatsächliche Ziel entscheidet. Ein interessanter Beleg dafür ist in l. 25. pr. D. ad sc. Trebell. 36, 1: der Erbe soll dem Sohn des Testators oder si prius quid ei acciderit der Mutter desselben den Nachlaß restituiren. Wenn nun der Sohn post diem cedentem aber ante restitutum fideicomm. stirbt, kommt auf die Mutter oder die Erben des Sohnes das Fideicommiß? Nach der juristischen Technik auf die Erben des Sohnes; aber das thatsächliche Ziel ist die faktische Restitution, also: ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit: eoque iure utimur. — So ist in Betreff der Klage zu unterscheiden das agere posse und das exigi (exsequi), so nach dem Senatusconsult; vgl. l. 74. § 3. D. de evict. 21, 2. So interpretiren die röm. Juristen im Edict de dolo malo die Worte „si alia actio non erit“ dahin: si non inanis haec actio est z. B. propter inopiam adversarii. Das wäre nulla actio, l. 5. 6. D. de dolo 4, 3.

cution der Klage (bonum nomen) habe ausschließen wollen. Nach dem ius commune war Realexecution gegen ein Hauskind überhaupt ausgeschlossen: darum stellte das prätorische Edict und das Senatusconsult seine Bestimmung nur auf die Zeit der Selbstständigkeit des Hauskindes. Ist diese Beziehung des Senatusconsultes zum ius commune und zum prätorischen Edict richtig, so ist die sog. privilegirte Natur der exc. sc. Macedoniani schon hieraus gerechtfertigt, ebenso wie die der exc. ben. competentiae des prätorischen Edicts. Ich komme darauf später wieder zurück.

Aus dem Bisherigen erhellt: soweit das Senatusconsult gilt, ist das prätorische Edict ausgeschlossen. Dieser Ausschluß scheint nach dem Wortlaut des Senatusconsults unbeschränkt. Die Klage zu jeder Zeit ist verneint; die Rücksicht auf erhaltenes väterliches Vermögen ändert Nichts (ohne prätorische Cognition); auch scheint es gleich zu sein, „sive sua voluntate sive iussu eius, in cuius potestate est, contraxerit; sive in peculium ipsius, sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit.“ Gerade in letzter Beziehung haben aber die römischen Juristen die Geltung des Senatusconsultes nur mit Unterschied zugelassen und damit den absoluten Ausschluß der Klage zu einer quaestio facti gemacht. Das prätorische Edict galt in jenen Fällen gleich; nur die thatsächliche Voraussetzung ist, daß der Schuldner väterliches Vermögen nicht oder verhältnißmäßig wenig erhielt. Warum setzen nun die Juristen Unterschiede, welche der Prätor nicht achtete und auch der Senat nicht andeutet? Man sieht, der criminal-politische Gesichtspunkt des Senates („Haß gegen die Wucherer“, „gegen betrügerische Kreditoren“, „poena creditorum“ u. s. w.) kann den römischen Juristen nicht viel gegolten haben. Die römischen Juristen haben aus dem Senatusconsult nur geschlossen, daß der Senat die Darlehen an Hauskinder verhindern wollte;[4]) mehr können

---

[4]) l. 4 h. t. — — vulgo dicitur filiofamilias credi non licere.

auch wir nicht schließen. Daß der Senat sich auf das Darlehen beschränkte, erklärt Ulpian in l. 3. § 3. h. t. pragmatisch: „nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est.“ Warum wurden nicht auch andre Schulden der Hauskinder dem Vater für gefährlich gehalten? Und warum soll diese Gefahr, die doch als nur rein äußerliche gedacht wird (vitae parentum insidiari), schwinden und das Senatusconsult nicht gelten, wenn das Hauskind iussu patris u. s. w. contrahirte? Meine Ansicht ist, daß alle diese Fragen auf rein juristischem Wege entschieden werden müssen. Zu diesem Zwecke muß die Beziehung des Senatusconsults zur rechtlichen Stellung der römischen Hauskinder neben ihren Vätern aufgesucht und hiernach die Geltung des Senatusconsults bestimmt werden. In dieser Stellung der römischen Hauskinder liegt der rechtliche Grund des Senatusconsults; wo derselbe nicht vorhanden, gilt das Senatusconsult nicht.

Jener rechtliche Grund hat zwei Seiten, einmal rücksichtlich der Hauskinder für sich allein, zweitens rücksichtlich der Hauskinder in Bezug auf ihren Hausvater. Bei dem prätorischen Edict entschied nur der rechtliche Grund nach seiner ersten Beziehung: die Haftung des Hausvaters aus den Obligationen seines Hauskindes blieb dabei ganz unberührt. Das Edict setzt auch nur den Fall, daß die Klage angestellt werde zur Zeit der Vermögensfähigkeit, wo also die Beziehungen zwischen Hausvater und Hauskind nicht mehr bestehen. Das Edict ist also allein im Interesse der selbstständig gewordenen Hauskinder. Daß nun auch das Senatusconsult im Interesse der Hauskinder, wenn sie selbstständig sind, gegeben wurde, beweisen die Worte: „etiam post mortem parentis eius.“ Aber dazu tritt hier noch der rechtliche Grund nach seiner zweiten Beziehung. Indem der Senat aus dem Darlehen an ein Hauskind die Klage versagt und insofern das Darlehen verbietet, ist die Folge, daß der Hausvater aus dem Darlehen eines Andern an sein Hauskind nicht, wie bei allen sonstigen Vertragsschulden der Hauskinder, de peculio hafte:

die Darlehensobligation des Hauskindes ist dem Peculium gegenüber gleichgestellt einer Delictsobligation des Hauskindes. Zur Haftung des Vaters de peculio genügt aber, daß die Schuld entstand ohne Wissen des Vaters, wenn nur die Schuld ex causa peculiari ist. Seit dem Senatusconsult hat die Darlehensobligation des Hauskindes aufgehört ex causa peculiari zu gelten, und ist zu einer solchen geworden, die ignorante (invito) patre nicht contrahirt werden kann.[5]) Insofern kann man sagen, daß das Senatusconsult im Interesse der Hausväter ist: diese sollen vor den rechtlichen Folgen des Darlehens ihrer Hauskinder geschützt sein. Die rechtliche Folge einer vom Hauskinde sua voluntate eingegangenen Geschäftsobligation ist aber für den Vater immer nur die Haftung desselben de peculio.

Diese beiden Beziehungen des rechtlichen Grundes des Senatusconsultes sind nun in den folgenden Paragraphen näher darzulegen.

§ 5. Der rechtliche Grund des Senatusconsultes rücksichtlich der Hauskinder allein.

Durch welche äußere Veranlassung auch das Senatusconsult entstanden sein mag, es muß dafür ein rechtlicher Grund sich aufweisen lassen; und dieser muß in der rechtlichen Stellung der Hauskinder liegen. Das Gefährliche des Darlehens erklärt Nichts, weil bei den Hausvätern das Darlehen jene Gefährlichkeit nicht ablegt. So sind wir auf die Stellung der Personen verwiesen. Aus der Persönlichkeit des Hauskindes folgt nun, daß dasselbe sich klagbar verpflichten kann. Daß das Hauskind aber vermögensunfähig ist, macht jede Obligation desselben, so lange es Hauskind bleibt, zu einer inanis. So müssen die Gläubiger desselben auf die Zeit seiner Vermögensfähigkeit aussehen. Der Gläubiger

[5]) l. 14 h. t. — — quum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non possit.

verdient nun dem gegenüber keine Rücksicht, daß er mit einer Person contrahirte, die zur Zeit vermögensunfähig ist und vielleicht nie vermögensfähig wird. Denn daß sie faktisch Nichts hat, kann überhaupt nicht kümmern. Aber wird nun das Hauskind selbstständig und vermögensfähig, so verdienen um seinetwillen seine Schulden aus der Zeit seiner Vermögensunfähigkeit eine billige Rücksicht. Dieser Gedanke des prätorischen Edicts liegt auch dem Senatusconsult zu Grunde: der Unterschied liegt nur darin, daß wegen der Art der Schuld der Senat auch die Klage und die Execution durchaus entzieht, mag das Hauskind dereinst (morte patris u. s. w.) zu Vermögen kommen oder nicht. In dem letzteren ist allerdings eine Schärfung des prätorischen Edicts wahrzunehmen; aber der rechtliche Grund bei Beiden bleibt doch immer, daß die Schuld entstand zur Zeit der Vermögensunfähigkeit. Nur so erklären sich die Ausnahmen, die wir in § 6. u. 7. besprechen; der bloße Gesichtspunkt der poena creditorum reicht dazu nicht aus.

Den rechtlichen Grund des Senatusconsultes in der Person der Hauskinder hat, soviel ich sehe, bis jetzt nur Puchta[1]) zu bestimmen gesucht in folgender Weise: „Man könnte sagen, ein filiusfamilias könne keine Darlehensobligation eingehen, da er nicht Eigenthum erwerben kann. Allein das Mutuum ist iuris gentium, und iure gentium sind die filiifamilias eigenthumsfähig. Indem man vielleicht bald von jenem Satz abging, machte man nachher das Senatusconsult nothwendig. So nahm man von dem Senatusconsult die bona castrensia aus, da sie auch von jener civilrechtlichen Unmöglichkeit ausgenommen waren." Also in der Eigenthumsunfähigkeit der Hauskinder liegt der rechtliche Grund des Senatusconsultes; Eigenthumsunfähigkeit ist aber hier nicht eine Species der Vermögensunfähigkeit, sondern nur die Unfähigkeit, die Darlehenssumme zu erwerben. Aber daß

[1]) Cursus der Institt. III. S. 92.

das Hauskind später iure gentium eigenthumsunfähig geworden sei, läßt sich nicht beweisen; und wenn es auch iure proprio eigenthumsunfähig war, so erwarb es doch wohl die gezahlte Summe dem Vater und dieser mußte also doch in jedem Falle mit der condictio sine causa haften. Endlich aber, wenn das Hauskind eigenthumsunfähig ist, wie ist seine Obligirung möglich, wozu dann noch erst das Senatusconsult? Denn eine Darlehensobligation setzt ja voraus, nicht bloß daß der Darleiher Eigenthum geben, sondern auch der Empfänger Eigenthum erwerben[2]) könne. Puchta übersieht nach meiner Ansicht bei jener Erklärung, daß bei der Darlehensobligation das Gewicht nicht fällt in den Eigenthumserwerb, sondern in die Verpflichtung, die in's Eigenthum erworbene Darlehenssumme später in gleicher Art zurückzuzahlen.

§ 6. Fortsetzung. Ausnahmen vom Senatusconsult aus Gründen, die in der Person der Hauskinder liegen.

Daß die Darlehensobligation entstand zur Zeit der Vermögensunfähigkeit, ist die Voraussetzung des Senatusconsultes. Dies sagt das Wort „filiusfamilias": qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset. Hauskindschaft und Vermögensunfähigkeit

[2]) Zwar wird dem Vater erworben, was das Kind erwirbt. Aber erst muß der Erwerbsakt und der Erwerb doch in der Person des Hauskindes vollzogen sein. Das Hauskind ist iure doch Eigenthümer geworden. Aehnlich, wenn das Hauskind zum Erben eingesetzt, dem Vater aber aufgegeben ist, die Erbschaft seinem Sohne zu restituiren: das Hauskind, nicht der Vater, ist iure Erbe; restituirt der Vater, so kann er also die Quart nicht abziehen: quia pater non ut heres rogari videtur. l. 11 D. de leg. I. vgl. l. 1 D. de his quae poenae causa 34, 6. Wie hier die Quart ausgeschlossen, weil der Sohn dem restituirt wird doch heres ist, die Quart aber nur heredis causa eingeführt ist, also nur vom Erben abgezogen werden kann: so ist auch die Obligirung des Hauskindes aus Darlehen nur möglich, weil das Hauskind iure Eigenthümer wird, wenn gleich in Betreff der Ausübung nicht bleibt.

fällt juristisch zusammen. Von diesem Satz kennen die römischen Juristen nur eine Ausnahme, wenn das Hauskind Soldat ist. In der Eigenschaft eines Soldaten gilt auch das Hauskind als vermögensfähig; wie weit bestimmt der Begriff des castrense peculium. So weit trifft also die Voraussetzung des Senatusconsultes nicht zu und gilt die Darlehensobligation.[3]) Freilich kann der Haussohn nicht weiter haften, als usque ad quantitatem castrensis peculii; denn nur soweit geht seine Vermögensfähigkeit und sein Vermögen. — Es entsteht hierbei eine Frage, die von den römischen Juristen nicht weiter berührt wird; nämlich: soll das Senatusconsult nur dann nicht gelten, wenn zur Zeit der Aufnahme des Darlehens das Hauskind schon castrensisches Gut hatte, oder schon dann nicht, wenn nur das Hauskind als Soldat contrahirte, gleichviel ob das Hauskind schon im Besitz castrensischen Gutes war. Im letzteren Falle würde genügen, daß wenigstens zur Zeit des iudicatum castrensisches Gut vorhanden. Wie sich die Neueren zu dieser Frage verhalten, ist nur bei Mühlenbruch und Arndts klar zu ersehen. Arndts[4]) fordert zur Zeit des Darlehens ein castrense peculium; Mühlenbruch[5]) sogar, daß das Darlehen gerade für ein solches peculium aufgenommen sei. Vangerow[6]) läßt unbestimmt: „wenn der Sohn ein castrense peculium hat"; doch theilt er wohl die Ansicht von Arndts und verwirft mit diesem die Beschränkung Mühlenbruch's, welche sich auf keinen Fall begründen läßt. Puchta's[7]) allgemeine Fassung „als Subject castrensischer Güter ist der Haussohn paterfamilias" läßt auch

---

[3]) Donellus XII. c. 24. § 10. Neque id praeter verba, sed quodammodo ex verbis (scti), ne quisforte his verbis offendatur.

[4]) Lehrb. d. Pand. S. 439. 3a.

[5]) Lehrb. III. § 575.

[6]) Leitf. I. S. 520. — ebenso Sintenis, Civilrecht II. S. 511.

[7]) Pandekten, § 306. Note t.

Zweifel, ob das Senatusconsult auch dann nicht gelte, wenn das Hauskind zur Zeit der Aufnahme des Darlehens zwar ein pec. castrense nicht hatte, aber ein solches doch zur Zeit der Klage besitzt. Gleich unbestimmt spricht sich Ulpian aus, der als Beleg für die Neueren dient. Ulpian sagt:

l. 1 § 3. l. 2 D. h. t. In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus sc. Macedonianum locum habeat; nam etsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatusconsulto locus est, nisi forte castrense peculium habeat; tunc enim senatusconsultum cessabit usque ad quantitatem castrensis peculii, quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur.

Ich bezweifle sehr, ob aus dieser Stelle geschlossen werden darf, daß ein castrense peculium schon zur Zeit der Aufnahme des Darlehens da sein müsse. Es ist doch nur die Voraussetzung, daß zur Zeit der Litiscontestation oder wenigstens zur Zeit des iudicatum ein castrense peculium vorhanden ist. Aber mit der Existenz eines castrense peculium ist deßhalb noch nicht jede Darlehensobligation des Hauskindes klagbar, wie es nach Puchta und Vangerow scheint. Das Darlehen muß entstanden sein zur Zeit, da das Hauskind Soldat war.[8]) Erst als Soldat hat das Hauskind, im Sinne des Rechts, ein Vermögen, wie jeder Hausvater: die Nichtexistenz factischer Objecte ist gleichgültig. Also das Darlehen an einen filiusfamilias miles ist ein Darlehen an einen paterfamilias und darum gültig, nicht deßhalb und nicht erst dann, weil und wenn damals schon faktisch castrensisches Gut vorhanden war. Das Dasein solchen Vermögens ist nur für den Vollzug der Execution von praktischer Bedeutung; im Princip muß man sagen, daß die actio iudicati gegen jeden filiusfamilias miles, der als ein solcher borgte, gerichtet werden kann; freilich ist die actio iudicati inan, wenn castrensisches

---

[8]) Initium contractus spectandum est.

Vermögen nicht vorhanden ist. Ulpian setzt eben den Fall, daß der filiusfamilias miles zu castrensischem Vermögen gekommen sei; principiell entscheidet er nicht.

In Verbindung mit jener Stelle Ulpian's bringe ich die Constitution Justinians in

l. 7. § 1 C. h. t. 4, 28. Sin autem miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato vel consensu vel voluntate vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda ob quam causam pecuniae creditae vel ubi consumtae sunt. In pluribus enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus qui sui iuris sunt; et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecunias accipere et expendere, nisi in causis castrensibus.

Diese Stelle verstehen die Meisten[9]) von einer Singularität, die erst durch Justinian eingeführt worden und ohne allen Bezug zu dem Ulpianischen Fragment stehe. Andre, wie Puchta, Mühlenbruch, Sintenis bringen die Constitution zwar mit der Stelle Ulpians in Beziehung, supponiren aber ein castrense peculium.[10]) Zu dieser Supposition gibt aber Justinian keinen Anlaß, und ist auch kein Grund, weil im Sinne des Rechts jeder filiusfamilias miles, wie jeder paterfamilias, ein Vermögen hat. Auch daß etwas Singuläres eingeführt werde, wird nirgend an-

---

9) So Donellus XII. c. 24. § 10, Glück a. a. O. S. 351, Arndts a. a. O., Vangerow a. a. O. S. 522. — Donellus behauptet, daß durch Justinian die Haftung usque ad quant. cast. pec. aufgehoben und unbeschränkt geworden sei.

10) Puchta bemerkt: „abgesehen davon, daß der totale Mangel castrensischer Güter bei einem Soldaten kaum vorkommen wird, wäre dieß ein privilegium odiosum militum." Puchta übersieht, daß die Geltung des filiusfamilias miles als paterfamilias nicht erst beginnt, wenn castrensisches Gut da ist. Das odiosum ist bei jedem paterfamilias vorhanden, der zahlen soll und faktisch Nichts hat.

gedeutet. Justinian sagt nur: stare oportet contractum, und stellt damit in § 1 den miles gleich demjenigen Haussohne, der mit Wissen und Willen seines Vaters Geld leiht (l. 7 pr. eod.). Ich finde in der Constitution nur das Princip, daß das Senatusconsult nicht gelte, sobald ein Hauskind als Soldat geborgt hat, weil er als Soldat wie paterfamilias gilt. Damit verträgt sich wohl, daß von reeller Haftung nur die Rede sein kann, wenn und soweit ein castrense peculium vorhanden.[11]) Denn nur soweit geht seine Vermögensfähigkeit; das muß wissen, wer mit einem Solchen contrahirt. Das Resultat ist: soll der filiusfamilias miles haften soweit sein castrense peculium reicht, so muß ihm das Darlehen gegeben sein zu einer Zeit, wo er schon Soldat war. Es kommt aber nicht darauf an, daß zur Zeit des empfangenen Darlehens schon factisch castrensisches Gut vorhanden war. Also die exc. sc. Maced. fällt weg oder ist wirkungslos; das iudicatum kann freilich nicht ausgeführt werden, wenn castrensisches Vermögen nicht nachgewiesen werden kann. Weil nun durch den Tod des Vaters oder durch die Emancipation des Sohnes das castrensische Vermögen von dem sonstigen Vermögen des Sohnes nicht weiter unterschieden wird, so folgt, daß nun die Haftung unbeschränkt ist. Einen ausdrücklichen Beleg für das Letztere enthalten die Quellen nicht.

§ 7. Fortsetzung. Putative Vermögensfähigkeit.

Die Voraussetzung des Senatusconsultes fehlt aber auch dann, wenn das Hauskind „publice“ für einen paterfamilias, für vermögensfähig gehalten wurde[1]) (putative Vermögensfähig-

---

[11]) Auch Accursius ad l. 2 D. cit. scheint so zu verstehen und verbindet l. 2 cit. mit 7. § 1 C. cit.

[1]) Donellus, c. 26. § 3. bemerkt richtig: sumtum ex senatusconsulti sententia, erklärt dies aber, anders wie beim filiusfamias miles, daraus, daß „nullum delictum est in eo qui iusto errore falsus putavit rel.“ S. oben S. 10.

keit). Die Frage über Vermögensfähigkeit ist, wie die über die Rechtsfähigkeit, publici iuris; der Einzelne kann sie sich und auch den Andern nicht geben und nicht nehmen. Also kann in unserm Fall der Gläubiger sich ebensowenig auf sein einseitiges Dafürhalten stützen, als auf die Simulation des Hauskindes. Nur die öffentliche Meinung darf hier leiten, z. B. etwa der öffentliche Credit, den Jemand hat. Die öffentliche Meinung schafft öffentlichen Credit und umgekehrt. Es gehört hierher, wenn Jemand im eigenen Namen Klagen anstellt, die er als Hauskind nur procuratoris nomine erheben könnte; oder wenn der Staat, eine Gemeinde mit Einem auf Geschäfte rei publicae sich einläßt z. B. Verpachtung der Zölle, oder ihn zu Aemtern ruft die zu Cautionsleistungen verpflichten, also öffentlich haftungspflichtig machen, zum Duovirat, zur Quästur. Nur so verstehe ich folgende Stelle Ulpian's:

l. 3 pr. § 1 D. h. t. Si quis patremfamilias esse credidit non vana simplicitate deceptus nec iuris ignorantia, sed quia publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatusconsultum. § 1. Unde Iulianus in eo qui vectigalia conducta habebat scribit, et est saepe constitutum cessare senatusconsultum.

Also Anerkennung einer Person in iure (apud praetorem), die Stellung dem Staat, der Gemeinde gegenüber in publicis causis entscheidet und bewirkt, daß das Darlehen nicht contra sc. Macedonianum erscheine. Als Regel stellen dies die Kaiser Severus und Antoninus [2]) auf: „quum sui iuris esse publice videretur."

Diesen Aussprüchen der Quellen gegenüber scheint es mindestens ungenau, wenn in den Lehrbüchern vorgetragen wird, durch

---

[2]) l. 2 C. h. t. 4, 28.

den „entschuldbaren Irrthum" des Gläubigers werde das Senatusconsult außer Wirkung gesetzt. Hierzu hat einerseits die Ansicht verleitet, daß es auf poena creditorum abgesehen sei; dabei ist aber zu bemerken, daß einem Gesetze von mehr polizeilicher Natur eine derartige Rücksicht auf Wissen oder Nichtwissen kaum entspricht. Auch wird doch zugegeben werden müssen, daß das Senatusconsult im Interesse der Hauskinder ist: welche Rücksicht soll nun bestimmen? Andrerseits ist aber wohl jene Fassung der Lehrbücher vorzugsweise veranlaßt durch

l. 1 C. h. t. 4, 28. Si filius quum in potestate patris esset mutuam a te pecuniam accepit, quum se patremfamilias diceret eiusque affirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur.

Die iusta ratio scheint nicht der bloß „entschuldbare Irrthum", der „nicht leichtsinnige oder nicht übereilte Glaube"; das negative Moment „von vana simplicitas" genügt nicht, sondern nur das „publice patremfamilias videri", und dies auch macht die iusta ratio.[3] Also das Nicht-Wissen-können — die facti ignorantia — entschuldigt nicht. Wer paterfamilias sei, bestimmt sich iure, nach allgemeiner Regel; wenn nun ausnahmsweise der filiusfamilias als paterfamilias gelten soll, so muß dies entweder durch eine singuläre Rechtsbestimmung, wie beim castrense peculium, oder durch Gründe gerechtfertigt sein, die einer Rechtsregel an Gewicht sich vergleichen lassen. Ein solcher Grund ist die Geltung einer Person in iure und in publicis causis. Andre Gründe kennt das römische Recht nicht.

---

[3]) M. a. W. Die bloße facti ignorantia reicht nicht aus; und ich kann daher Donellus XII. c. 26. § 7 nicht beistimmen, wenn er schreibt: „Ex quo genere si unum aliquem iustum modum dixerit filius, puta emancipationem aut damnationem patris; hic demum creditor affirmanti filio iusta ratione credidit, si an ita se haberet necne, ignoravit. Haec enim facti ignorantia est, quam ut iustam constat nulli nocere." Das muß auch die Ansicht der Neueren sein, so auch z. B. Savigny, System III. Beil. VIII. S. 366. 67.

Wenn nun ein Hauskind, ohne publice als paterfamilias zu gelten, sich als einen solchen ausgab und dadurch ein Darlehen verschaffte, so muß doch das Senatusconsult gelten.[4]) Also das Hauskind hat die exceptio und haftet nicht. Damit steht folgende Stelle des Marcellus im Widerspruch:

l. 10 D. de re iudic. 42, 1. Qui quum se pro patrefamilias fingeret mutuam pecuniam accepit, et exheres a patre vel emancipatus sit, quamvis facere non possit debet condemnari[5]) (lib. II. Dig.).

Darnach haftet also das Hauskind, auch wenn es väterliches Vermögen nicht erworben hat. Darf deßhalb aber gesagt werden, daß auch die exceptio scti Macedoniani nicht zustehe? Dann wäre die hier vorgetragene Ansicht ebenso unrichtig, als die des Donellus und der Lehrbücher. Ich erkläre so: die exceptio hat Statt, aber der Gläubiger hat eine replica doli.[6]) Durch diese replica wird die exc. scti Macedoniani entkräftet; aber eben um des dolus willen ist nun auch der Schuldner des Vortheils aus dem Edict quod cum eo qui in aliena potestate est verlustig und muß nun haften quamvis facere non posit. Ulpian sagt von dem Senatusconsult: „exonerare filiumfamilias lex noluit." Obwohl nun der Schuldner, auch wenn er sich als

---

[4]) Mit dem Gesichtspunkt des Donellus scheint mir dies ganz unvereinbar. Es müßte doch wohl gelten: volenti non fit iniuria.

[5]) Diese Stelle wird von Allen übersehen. — Daß bei „fingere" an das bloße simulare des Hauskindes zu denken ist, beweist der Zusammenhang, in welchem Ulpian diese Stelle des Marcellus benutzt: l. 4. § 1 D. quod cum eo. 14, 5 — — ut puta si patremfamilias se mentitus est — — nam libro secundo Digestorum Marcellus scripsit etiamsi facere non possit rel., vgl. l. 6 eod.

[6]) Savigny, Obligationenrecht I. S. 119. schreibt zwar: „So wird die exc. sc. Macedoniani rei iudicatae nicht durch Replication entkräftet, weil dieselben auf positiven Rechtsvorschriften beruhen, deren Absicht gerade dahin geht, daß die Klage in der That durch die Exception entkräftet werden und bleiben soll." Einen Grund für diese Ansicht habe ich nicht finden können. Rücksichtlich der exc. rei iud. s. l. 25 D. de dolo 4, 3.

Hausvater ausgab, die exc. scti Macedoniani hat, so müßte derselbe doch haften mit der actio de dolo aus seinem Delict; und eben dies giebt dem Gläubiger die replica doli. Also iure senatus consulti haftet das Hauskind nicht ex mutua pecunia data, aber es haftet ex dolo suo, quia dolo fecit, und darum unbeschränkt.[7]) Wenn freilich der Gläubiger wissen konnte, daß der Schuldner noch Hauskind sei, ist die replica doli nicht möglich und die Haftung desselben bleibt iure senatus consulti ausgeschlossen. Das ist der Sinn von

l. 19 D. h. t. Iulianus scribit exceptionem senatus consulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filiumfamilias esse eum cui credebat. Der Beweis, daß der Gläubiger es wissen konnte, liegt dem Hauskinde ob, si dolo fecit.[8])

Hiernach scheint das praktische Resultat dasselbe, das Hauskind mag „publice" als paterfamilias gelten oder dolose sich als solchen ausgeben. Allein es zeigen sich doch noch Unterschiede. Im ersteren Falle kann das Hauskind, wenn es zur Zeit seiner wirklichen Vermögensfähigkeit belangt, aber das väterliche Vermögen nicht erworben hat, nur haften in quantum facere potest,[9]) im zweiten Falle muß es haften quamvis facere

---

[7]) Der Erbe des Hauskindes würde also in diesem Falle haften, quatenus ad eum pervenerit l. 26—29 D. de dolo 4, 3. — Daß dies der Zusammenhang ist, beweist l. 4. § 1. l. 6 D. quod cum eo qui in aliena pot. 14, 5, vgl. l. 43. § 3 D. de furt. 47, 2. Die Haftung des Beklagten, obwohl derselbe ipso iure oder ope exceptionis liberirt war, wurde durch Celsus und Marcellus bejaht: „si dolo fecerit; tunc enim ex dolo eum teneri." Durch Gestattung der replica doli umging man die infamirende actio de dolo. Vgl. l. 13. § 13 D. de her. pet. 5, 3. S. jedoch l. 39 D. de dolo malo.

[8]) arg. l. 45 D. de her. pet. 5, 3 — nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere actorem ab initio litis scire eum non possidere; quippe isto modo non est deceptus.

[9]) Der Erbe also in solidum.

non possit. Diese Verschiedenheit erhellt deutlich aus l. 10 D. de re iud. cit.[10]) Wenn das Senatusconsult nicht gilt, kommt das Edict zur Anwendung; im Fall des dolus sind beide ausgeschlossen, das Edict ipso iure, das Senatusconsult replica doli. Sodann im ersten Fall[11]) hat der Gläubiger die Thatsachen zu beweisen, aus denen hervorgeht daß der Schuldner publice als Hausvater zählte und daß er der öffentlichen Meinung folgen konnte; im zweiten Fall muß das Hauskind beweisen, daß der Gläubiger das Gegentheil wissen konnte oder mußte.

Seit Donellus ist es gebräuchlich, mit dem hier erörterten Punkt die Frage zu verbinden, wie im Fall einer Correalobligation zu entscheiden sei, wenn der eine Correalgläubiger den Schuldner für einen Hausvater gehalten habe, der andere nicht, oder wenn der eine Correalschuldner für einen Hausvater geachtet worden sei, der andere nicht. Aber diese Frage bezieht sich nicht allein auf die Correalobligation[12]) und kann erst später genauer behandelt werden.

§ 8. Der rechtliche Grund des Senatusconsultes rücksichtlich der Hauskinder in Bezug auf ihren Hausvater.

Das Senatusconsult ist aber auch mit Rücksicht auf die Hausväter erlassen; hierin liegt ein wesentlicher Unterschied des Senatusconsultes vom Edict quod cum eo qui in aliena potestate est (§ 3). Der Wortlaut des Senatusconsultes muß darauf führen. Die Worte „qui filiofamilias mutuam pecuniam

---

[10]) S. oben § 3. S. 15.

[11]) Nur auf diesen Fall ist Glück XIV. S. 351 unter 2. zu beziehen. Die Beweisfrage für den zweiten Fall entscheidet Glück nicht, ebensowenig Walch, introductio in controv. civ. sect. I. c. II. membr. II. § 17.

[12]) l. 7. § 7. D. h t.

dedisset“ sind zu interpretiren: Wer einem Hauskinde Geld dargeliehen hat, so daß die dargeliehene Summe nur dem Hauskinde zum Vortheil kommt. Das Hauskind wird nicht bloß formell, sondern auch materiell als der allein Verpflichtete vorausgesetzt. Mit Rücksicht auf den Hausvater heißt dies, die Schuld aus dem Darlehen des Hauskindes trifft nicht, wie sonst, das Peculium. Denn wo nur der Hausvater materiell, das Hauskind formell verpflichtet erscheint, da ist iure communi der Hausvater peculio tenus wenigstens haftbar. Davon bestand aus alter Zeit eine Ausnahme, wenn das Hauskind aus einem Delict obligirt war;[1]) der Senat stellte daneben die Darlehensobligation. Der Schutz der Väter durch den Senatsbeschluß ging also nur darauf, daß dieselben vor den unmittelbaren und nothwendigen Folgen der Obligation ihrer Kinder, vor der actio de peculio, geschützt würden. Diese Rücksicht auf den Vater ist aber zugleich eine Rücksicht auf das Hauskind; sonst wäre die Bestimmung des Senates auch rechtlich eine illusorische gewesen. Hätte der Vater de peculio gehaftet, so wäre dies dem Hauskinde doch wieder auf Rechnung gekommen; nur ein „versuram facere“ wäre es gewesen: die Schuld gegen den Dritten wäre Schuld gegen den Vater geworden, welche der Vater durch deductio gegen andre Peculiargläubiger geltend machen und welche auch bei der actio familiae erciscundae wieder gegen das Hauskind zur Sprache kommen würde.

Wenn nun zwar formell das Hauskind die Darlehensobligation contrahirt, aber materiell das Darlehen einem Andern zu Gute kommt, so ist also die ratio des Senatusconsultes nicht

[1]) Entweder ging dabei ein Vermögenswerth gar nicht über oder, wo dies der Fall war wurde er nicht zum Peculium gerechnet: dazu war noch nöthig „scientia patris“, worin wohl eine Ratihabition gefunden wurde und weßhalb nun auch der Vater formell verpflichtet galt, l. 24. 44. § 1 D. de acq. vel. am. poss. 41, 2.

vorhanden.[2]) So z. B. wenn das Hauskind contrahirt, sei es als institor seines Vaters, sei es als institor eines Dritten. In solchen Fällen ist das praktische Resultat, daß das Hauskind, wenn es in Folge jener Obligation zahlt mit oder ohne Klage, an dem Andern sich erholen kann. Denken wir noch hinzu, daß der Gläubiger wußte, es werde alieno nomine contrahirt: so würde dem Gläubiger durch Cession der Regreßklage oder durch die institoria (exercitoria) actio Genüge geschehen. Auf jeden Fall ist nun gewiß, daß der Andre (Principal) aus dem Darlehen des Hauskindes haftet, wenn nur der gedachte Zusammenhang in Wahrheit vorhanden ist. Aber daß das Hauskind hafte, ist daraus noch nicht erklärt; es war ja doch an das Hauskind gezahlt, um dieses zu verpflichten. In der That unterscheiden auch die römischen Juristen, ob das Hauskind contrahirte patris nomine oder extranei nomine. Würde im letzteren Falle der Vater de peculio haften, so käme diese Schuld wieder, wie vorhin angegeben, dem Hauskinde auf Rechnung. Eben dies soll durch das Senatusconsult ausgeschlossen sein. So erkläre ich die Stelle Ulpians in

> l. 7. § 11 D. h. t. Interdum tamen etsi senatusconsulto locus sit, tamen in alium datur actio, utputa filiusfamilias institor mutuam pecuniam accepit; scribit enim Iulianus libro XII. ipsum quidem institorem exceptione senatusconsulti usurum si conveniatur, sed institoriam actionem adversus eum qui praeposuit competere.

Also das Hauskind z. B. als institor extranei haftet zwar ipso iure, aber es hat die exc. scti Macedoniani, ebenso sein Vater. Ganz anders, wenn das Hauskind patris nomine contrahirte. Der Vater ist in Folge seiner Procura, iussus, speciellen Wissens obligirt, wie der extraneus dominus, aber auch das

[2]) Auch hier wieder gilt die Regel aller Prohibitivgesetze, den Rechtsbegriff thatsächlich, materiell, nicht formell aufzufassen.

Hauskind ist obligirt, ohne die exceptio gebrauchen zu können. Nur das Letztere bedarf einer Erklärung. Ist das Hauskind iussu patris oder in den damit verwandten Fällen obligirt, so wird daraus der Vater dem Kinde obligirt in der Art, daß um den Betrag der geliehenen Summe das Peculium wächst, von den Gläubigern de peculio dieses „incrementum“ also beansprucht und vom Hauskinde z. B. bei der actio familiae erciscundae in Abzug gebracht werden kann.[3]) Es gilt hier mithin das gerade Gegentheil von dem Falle, wenn das Hauskind extranei nomine contrahirte. So glaube ich auch hieraus dargethan zu haben, daß nicht der polizeiliche Gesichtspunkt über die Anwendung des Senatusconsultes entscheidet, sondern ein rein rechtlicher. Die Gefährlichkeit des Darlehens für Hauskinder ist nicht geringer, mag nun das Hauskind sua voluntate, patris oder extranei nomine contrahirt haben; und für deren Väter wird sie deshalb nicht schwächer, wenn auch patris nomine contrahirt wurde.[4])

So führte die Interpretation des Senatusconsultes zu der Regel: daß dasselbe für alle Darlehne des Hauskindes Platz greife, sie mögen nun ex causa peculii (profecticii) sein oder nicht. Die Rücksicht auf das Peculium ändert Nichts, da gerade die Haftung de peculio ausgeschlossen sein soll.[5]) Die actio

---

[3]) l. 20. § 1 D. fam. ercisc. 10, 2. Si filiusfamilias iussu patris obligatus sit, debebit hoc debitum praecipere; sed et si in rem patris vertit, idem placet; et si de peculio, peculium praecipiet. Das Letzte setzt eine Schuld voraus, die mit der actio de peculio verfolgt werden kann. — Vgl. noch l. 12 D. de instit. act. 14, 3. — pretiumque quo emisti, in rem tuam versum videri poterit eo, quod debitor servi tui factus esses.

[4]) Donellus, XII. c. 27. § 1, freilich erklärt: „Atqui obest omnis hic metus, si quid eorum erit quae supra diximus. — Consentiens pater satis declarat non metuere se in eo filii insidias.“

[5]) In diesen Zusammenhang stelle ich l. 7. § 4 D. h. t. Si filius in alterius erat potestate quum mutua daretur, nunc in alterius, mens senatus consulti non cessat; dabitur itaque exceptio. Für den zweiten paterfamilias ist überhaupt nur Haftung de peculio aus den früheren Con-

de peculio hat nun Statt, obwohl der Vater Nichts von dem Contract seines Kindes wußte. So ergab sich weiter als Regel, daß „invito patre suo" das Hauskind ein Darlehen nicht aufnehmen könne, und daß also der Vater wieder iure communi haften müsse, wenn sciente, iubente patre contrahirt wurde oder wenn in rem patris die Aufnahme des Darlehens geschah. Daß dann auch das Hauskind hafte, erklärt sich daraus, weil in diesen Fällen das Hauskind gegen den Vater berechtigt wird und sein Peculium um so viel wächst, m. a. W. weil in diesen Fällen das Hauskind nur formell, nicht materiell verpflichtet ist. Wo nun der Gläubiger wußte, daß der, dem er darlieh, noch Hauskind ist, zugleich aber auch wußte, daß ignorante patre und doch auch nicht in rem patris contrahirt wurde, da liegt ein Darlehen „contra senatusconsultum" vor. Deutlich erhellt dies aus

l. 14 D. h. t. Filium habeo et ex eo nepotem, nepoti meo creditum est iussu patris eius; quaesitum est, an contra senatusconsultum fieret? Dixi, etiamsi verbis senatusconsulti filii continerentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere; iussum autem huius patris non efficere, quominus contra senatusconsultum creditum existimaretur, quum ipse in ea causa esset, ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non posset.

Wo nicht contra senatusconsultum contrahirt wurde, da haftet das Hauskind, obwohl es als solches contrahirte, und darum haftet es nur in quantum facere potest.[6]) Diese Fälle sollen nun in den folgenden Paragraphen genauer besprochen werden. Voraus stelle ich das in rem versum, weil hier sich

tracten seines jetzigen Hauskindes möglich; und darum nur handelt es sich hier. Der Gläubiger mußte erst in integrum restitutio propter cap. dem. min. nachsuchen, wie Savigny, System II. S. 85 meint.

[6]) l. 7 D. quod cum eo qui in al. pot. 14, 5.

am schärfsten zeigt, daß das Darlehen materiell dem Vater, nicht seinem Hauskinde zu Statten kam. Daran reihe ich die Fälle, wo voluntate patris contrahirt wurde. Dann soll noch einmal die Frage über Haftung de peculio aufgenommen werden.

§ 9. Fortsetzung. In rem patris versum.

Ulpian in l. 7. § 12 D. h. t. schreibt: „Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat senatusconsultum; patri enim, non sibi accipit.“ Aus dieser Erklärung geht bestimmt hervor, wie die römischen Juristen das Senatusconsult interpretirten. Es reicht nicht aus, daß die Darlehensobligation von dem Hauskind nur formell contrahirt sei; das Darlehen mußte ihm auch thatsächlich allein gelten — si sibi accipit, non patri. Jener Grund Ulpian's sagt freilich mehr als er soll; denn wenn das Hauskind als institor extranei contrahirte, hat dasselbe die exc. scti. Dies kann wohl nur auf die im vorigen Paragraphen angegebene Weise genügend erklärt werden.[1])

Aus dem Begriff des in rem versum, wie aus der Interpretation des Senatusconsultes folgt nun, daß es gleich sein muß, ob das Hauskind das Darlehen gleich mit dieser Absicht aufnahm oder erst später das Darlehen so anlegte, ohne die Absicht bei der Aufnahme gehabt zu haben. Denn die Haftung des Sohnes hat nur Statt wegen in rem patris versum, die Haftung des Vaters aber, obwohl sie formell auf seinen Willen nicht zurückgeführt werden kann, nur aus dem thatsächlichen Grunde des versum. Also genügt dem Vater gegenüber das „vertere velle“ nicht, wenn auch das Hauskind dem Gläubiger so vorspiegelte; d. h. die Absicht bei der Aufnahme ist gleichgültig und darum ist auch

[1]) S. auch unten § 19. a. E.

die Zeit des in rem versum gleichgültig; die Thatsache, das versum entscheidet. Ulpian in der citirten Stelle fährt so fort: „Sed etsi ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare senatusconsultum libro XII Digestorum Iulianus ait, intelligendumque ab initio sic accepisse ut in rem verteret.“ In den Schlußworten scheint zwar zu liegen, daß auf die Absicht bei der Aufnahme etwas ankomme, daß also der Gläubiger diese Absicht jetzt kennen müsse. Aber jene Worte sind gleichwohl bedeutungslos, weil das vertere velle ohne versum den Gläubiger nicht zur Klage berechtigt.[2]) Dagegen haben dieselben vom Standpunkte des Senatusconsultes aus allerdings einen Werth. Da nämlich die Regel war, invito patre suo könne das Hauskind nicht borgen, so mußte streng genommen, wenn nicht in der Aufnahme des Darlehens schon ein versum lag und nicht gleich bei der Aufnahme die Absicht des vertere ausgesprochen wurde, die spätere Verwendung in rem patris vom Standpunkt des Senatusconsults aus als juristisch gleichgültig erachtet werden. Man konnte anführen, in contractibus initium spectandum esse. Aber die Darlehensobligation wurde ja in keinem Fall für null erklärt, nur für anfechtbar. Der Grund der Anfechtbarkeit fiel nun hier durch späteres vertere weg; und in diesem Zusammenhang schrieb Julian: intelligendumque ab initio sic accepisse ut in rem verteret.

Wann nun in rem versum vorhanden ist, diese Frage ist

---

[2]) Es entscheiden also ganz die Grundsätze des in rem versum, l. 3. § 9 D. de in rem verso 15, 3. — l. 3. § 1 D. eod. — Hoc enim iure utimur, ut etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit. l. 5. § 3. eod. Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. — Die Ansicht Julians ist also nichts Singuläres, wie es nach Glück XIV. S. 337, 4. und Arndts a. a. O. § 282, 2b. scheint: „wenn das Darlehen zum Vortheil des Vaters aufgenommen oder auch nur hinterher dazu verwendet worden ist.“ Dagegen schon Donellus, XII. c. 27. § 21.

an dieser Stelle zwar nicht weiter zu erörtern. Aber um einer andern Frage willen muß doch noch Einiges näher besprochen werden. Vorerst ist es wichtig zu unterscheiden, daß bisweilen schon in der Aufnahme des Darlehens ein in rem patris versum liegt, bisweilen erst in der Verwendung des Darlehens. Sodann ist die Unterscheidung von Bedeutung, daß das in rem vertere, „zum Nutzen, zum Vortheil, zum Besten des Vaters", nicht bloß materiell, sondern auch rein formell zu verstehen ist.[3]) Zum Beispiel, wenn in Folge des aufgenommenen Darlehens der Vater gegen einen Anderen ein Forderungsrecht erwirbt, so ist das in rem versum blos ein formales — nomen (obligatio) ei acquisitum est. Der Werth der Obligation ist das versum, so wenn das Hauskind das geborgte Geld einem Andern darlieh,[4]) wenn der Haussohn zur Dotation seiner Schwester ein Darlehen aufnimmt: „ipsi enim patri mortua in matrimonio puella repetitio dotis datur."[5]) Also ist auch formell ein in rem versum nicht vorhanden, wenn das Hauskind einem Andern damit ein Geschenk machte;[6]) das Senatusconsult gilt in diesem Fall.

Aus der reichen Casuistik, wann in der Verwendung des Darlehens ein in rem versum liege oder nicht, hebe ich nur den einen Fall der Verwendung zur Deckung von Schulden heraus. Es ist dabei zu unterscheiden

---

[3]) l. 3. § 6 D. de in rem verso 15, 3. — neque enim spectamus, an bono domini cesserit, sed an in negotium domini. Aehnlich Leist, das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. S. 62.

[4]) l. 3. § 5 D. de in rem verso 15, 3., der Vater hat die condictio mutui. Vgl. l. 3. § 1 eod. — „quatenus indebiti repetitionem haberet."

[5]) l. 17 D. h. t.

[6]) Daß das Hauskind Nichts schenken könne, kommt dabei nicht in Betracht. Denn seit dem Senatusconsult berührt die mutua pecunia data nicht mehr das Peculium, so wenig wie das durch Delict Erworbene, s. oben § 8. Anm. 1: also kann das Hauskind damit schenken.

a. das Hauskind bezahlt mit dem geborgten Geld eine Schuld an den Vater.

Um den Betrag dieser Schuld war ipso iure das Peculium gemindert; also erhält der Vater nur faktisch, was er iure schon hat, den Werth der Obligation. Das Senatusconsult gilt mithin; es müßte denn über den Betrag der Schuld geborgt und gezahlt worden sein.[7]) Ulpian schreibt in Bezug auf diesen Fall in l. 7. § 12. — Non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit; et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatusconsulto locus erit. Die Worte „si ignoravit" veranlassen Glück[8]) zu der Bemerkung: „Wußte der Vater, daß der Sohn das Geld geborgt hatte, womit er ihn bezahlte, so kann er sich nicht mehr mit der Einrede des Senatusconsultes schützen." Aber auch dann gilt das Senatusconsult; gegen den Vater geht nur unter Umständen die replica doli oder die actio doli. Daß der Haussohn Schuldner des Vaters war, hebt das in rem versum auf — quum ob debitum pater acceperit[9]): Wissen und Nichtwissen ist für das in rem versum ganz gleichgültig. Es läßt sich auch noch dafür anführen, daß der Vater eintreibt ohne Klage und also die Schuld nicht geprüft werden kann, woran die Glosse mit Bezug auf l. 7. § 14 D. h. t. erinnert. Müßte der Vater im Fall des Wissens schlechterdings haften, so würde dies wieder dem Peculium zur Last kommen mit den weiteren Wirkungen (§ 8); haftet er ex dolo suo, so fällt diese Anrechnung beim Peculium weg.

---

[7]) Vgl. l. 10. § 7—9 D. de in rem 15, 3. — hactenus non vertit, quatenus domino debet; quod excedit, vertit. (Ulp. l. XXIX. ad Ed.)

[8]) XIV. S. 338 Note 67.

[9]) l. 20 D. de dolo 4, 3. Es entscheiden also auch hier schlechthin die Grundsätze des in rem versum.

b. Das Hauskind deckt mit dem geborgten Geld entweder eigene Schuld an Dritte oder väterliche Schuld an Dritte.

Wenn es eigene Schuld an Dritte damit bezahlt, so entscheidet, daß die Schuld des Kindes an sich den Vater nicht berührt: also in rem versum ist nicht vorhanden. Eine solche Schuld würde peculio tenus geltend gemacht werden können; sonach gilt die Zahlung nur dem Peculium.[10]) Auch wenn das Hauskind und sein Vater Correalschuldner sind und das Hauskind mit geborgtem Geld zahlt, muß das Senatusconsult gelten; denn auch das ist an sich kein in rem patris versum.[11]) Das allgemeine Resultat ist: das Darlehen, das der Haussohn aufnimmt, um seine eigenen vollgültigen Schulden zu decken, ist nicht in rem patris versum; also gilt das Senatusconsult. Gleichwohl wird allgemein in diesem Fall die Ungültigkeit des Senatusconsultes behauptet unter Bezug auf folgende Stelle Ulpians:

l. 7. § 14 D. h. t. Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret qui si peteret exceptione non summoveretur, senatus consulti cessabit exceptio.

Schon Bulgarus glossirt: „Hanc exceptionem cessare facit in necessariam causam acceptio", versteht also die Stelle von in rem versum; ebenso Donellus;[12]) unter den Neueren

---

[10]) l. 11 D. de in rem 15, 3. — Anders, wenn gezahlt wird, um eine Schuld wegen in rem versum zu decken oder um eine solche Schuld zu begründen; hier ist nun auch das Darlehen ein in rem versum, und die Frage wird nur, wer von den beiden Gläubigern de in rem verso klagen könne. l. 3. pr. § 10. l. 4. 18 eod.

[11]) Es kann aber quaestio facti werden, wie in voriger Note, l. 10. § 10 D. de in rem 15, 3. S. Leist, a. a. O. S. 85.

[12]) XII. c. 27. § 15. — Donellus erinnert an l. 2 C. h. t. 4, 28 „ea res, quae patris oneribus incumberet" und interpretirt nun so: qui si peteret „nempe a patre eodemque debitore" non summoveretur „ab eodem patre." Damit kommt er zu der gerade entgegengesetzten Ansicht, die ich hier

bestimmt Glück[13]) und Puchta.[14]) Auch nach Vangerow[15]) läßt sich jene Stelle „im Grunde auf die Ausnahme wegen einer versio in rem patris zurückführen." Sintenis und Arndts weichen nur im Ausdruck davon ab;[16]) der Zusammenhang, in welchem sie diese Stelle citiren, läßt keinen Zweifel, daß sie darin ein Beispiel des in rem versum („ea res quae patris oneribus incumberet", „necessaria causa") finden. Aber die Stelle vom Fall eines in rem versum zu verstehen, muß ebenso sehr ihre allgemeine Fassung abhalten, als daß Ulpian schon in § 12 ohne Unterscheidung die Unstatthaftigkeit des Senatusconsultes behauptet und in § 13 durch ein Beispiel dies erläutert hat. Die Kaufschuld, die Correalschuld des Hauskindes sind solche, die nicht durch exceptio scti entkräftet werden; aber gleichwohl ist ein Darlehen des Hauskindes, solche Schuld zu decken, noch nicht ein in rem patris versum. Ulpian sagt nur: das Haus-

---

vertheidige: „Et certe si esset hic creditor ipsius filiifamilias, adversus quem nullam exceptionem haberet: non eo magis cessaret senatus consultum, quia filius de pecunia aliunde mutuo sumta ei solvisset et se liberasset." Aber gerade das sagt Ulpian.

13) XIV. S. 340b. vgl. 337, 4.

14) Pandekten, § 306 Note u. „Nicht gegen die actio de in rem verso, l. 7. §. 12 – 14 D. h. t. l. 2. 5 C. eod." Dann citirt aber doch Puchta, Note aa. l. 7. § 14. wieder als davon verschieden „zur Deckung eines unabweislichen Bedürfnisses."

15) Leitf. I. S. 522 d.

16) Arndts Lehrb. § 282, 2 c. „wenn dasselbe geschah zur Bestreitung unabweislicher Bedürfnisse oder zur Bezahlung anderer nicht durch Einrede beschränkter Schulden l. 7. § 14. — l. 47. § 1 D. de solut. 46, 3." Die letzte Stelle citirt aber Arndts auch bei der Ausnahme wegen in rem versum unter b. — Sintenis, Civilrecht II. S. 511 b.: „Wenn das Darlehen zu dringenden Bedürfnissen des Schuldners, und wenn es zur Befriedigung vollgültiger Schulden (l. 7. § 14.) oder 7.) unmittelbar zum Besten des Vaters verwendet worden ist." Auch zu 7. citirt Sintenis wieder l. 7. § 14. wenigstens in Parenthese und l. 2 C. h. t. citirt er zu beiden Nummern.

kind müsse haften, wenn es das Darlehen aufnahm, um seine und zwar solche Schulden zu tilgen, die nicht unter die Regel des Senatusconsultes fallen (qui si peteret exceptione — scilicet „senatus consulti Macedoniani“ — non summoveretur). Es gehört hierher jegliche Schuld des Hauskindes, nur nicht die durch exc. scti Maced. angreifbare Darlehensschuld; also ist z. B. zu denken an Schuld ex iudicato, an Delictsschulden, an Stipulationsschuld, wenn das Hauskind für seine Tochter oder Schwester eine Dos „promittirt.“[17]) Eigene Schuld des Hauskindes wird vorausgesetzt; diese eigene Schuld trifft in der Regel das Peculium, in einigen Fällen auch nicht, so die Delictsschuld, die Darlehensschuld. Mag nun diese eigene Schuld des Hauskindes das Peculium berühren oder nicht: die Haftung des Hauskindes steht fest, wenn es borgte, um solche Schuld zu decken, nur dies sagt Ulpian.[18]) Ob der Vater hafte, entscheidet Ulpian nicht; jedenfalls kann er de peculio nur haften, wenn die durch das Darlehen gedeckte Schuld peculio tenus geltend gemacht werden konnte, also nicht, wenn mit dem Darlehen eine Delictsschuld, eine frühere Darlehensschuld bezahlt wurde. Die actio de in rem verso ist in jedem Falle ausgeschlossen. Mit anderen Worten: die beiden Fälle, wenn das Hauskind mit geborgtem Geld seine Schuld an den Vater oder seine Schuld an Dritte zahlt, stehen in der juristischen Behandlung sich gleich.

Wenn dagegen das Hauskind mit dem geborgten Gelde väterliche Schuld an Dritte zahlt, so ist immer ein in rem versum

---

[17]) Dies ist das Beispiel in l. 7. § 2 D. h. t. „Sed et si filiusfamilias patre suo relegato dotem pro filia promiserit, senatusconsultum cessabit.“ Es ist nicht nöthig, mit der Glosse bei „filia“ zu verstehen „patris“, also „pro sorore.“ Vgl. l. 7. § 5. — l. 9 D. de in rem 15, 3. und l. 5. § 10 D. de iure dot. 23, 3.

[18]) Der hier entscheidende Gesichtspunkt findet sich in folgender Anwendung wieder: l. 1. § 11 D. de exerc. act. 14, 1. Sed si ab alio mutuatus liberavit eum, qui in navis refectionem crediderat, puto etiam huic dandam actionem quasi in navem crediderit.

vorhanden; und das Senatusconsult gilt nicht, der Vater haftet, wie das Hauskind, selbst wenn ein indebitum gezahlt worden wäre.[19]) Diese väterliche Schuld ist nicht im weiteren Sinne zu nehmen als eine solche, die in der Person des Kindes formal sich begründete und durch das Edict dem Vater angehängt wird; also die bezahlte Schuld war an sich z. B. nicht in rem versum. Väterliche Schuld ist hier strict zu verstehen als solche, die allein in der Person des Vaters ihren Grund hat. Die Zahlung einer solchen Schuld befreit den Vater und das Hauskind schreibt sich den Werthbetrag am Peculium gut. Warum das Hauskind zahlte, ob sua sponte also z. B. als negotiorum gestor,[20]) oder in Folge accessorischer Verpflichtung z. B. als Fidejussor, als Constituent,[21]) ist gleich. Das müßte streng genommen im Fall der Litiscontestation oder novirender Stipulation des Hauskindes mit dem väterlichen Gläubiger anders gelten: hierdurch schon ist der Vater liberirt (in rem versum),[22]) das Hauskind aber in

---

19) l. 3. § 1 D. de in rem 15, 3. — „quatenus indebiti repetitionem haberet."

20) l. 14 D. de neg. gest. 3, 5. vgl. l. 39. 43 eod.

21) l. 10 pr. l. 15 D. de in rem 15, 3. vgl. l. 10. § 2 D. de fideiuss. 46, 1. — Wenn so das Hauskind zahlt, bezahlt es zwar iure seine Schuld (licet pro se videatur solvisse h. e. ob id quod constituit, quod fideiussit); hiernach müßte 7. § 14 D. h. t. cit. gelten und der Vater höchstens de peculio haften, also mit dem Recht der deductio. Aber diese Schuld besteht nur durch des Vaters Schuld; und weil ferner Constitutum, Fidejussio den Vater nicht liberirt, so tilgt das Hauskind, wenn es zahlt, materiell fremde Schuld. So haftet der Vater de in rem verso, also ohne das Recht der deductio. Der wahre Sinn der l. 7. § 14 D. h. t. cit. muß hierdurch sich unzweifelhaft herausstellen.

22) l. 10. § 1. 2 D. de in rem 15, 3. Der Vater würde schon „ante condemnationem" dem Gläubiger de in rem verso haften l. 10. § 3 eod. Die Voraussetzung ist nur, daß das Hauskind als defensor das iudicium übernimmt, nicht als procurator, denn sonst gilt a. quod iussu. Und ferner ist die Voraussetzung, daß das Hauskind nicht donandi animo novirte; denn sonst gilt nur actio de peculio.

eigener Person und allein obligirt. Wenn nun das Hauskind borgt und das iudicatum oder die Stipulationsschuld tilgt, so bezahlt es eigene Schuld; sonach müßte l. 7. § 14 D. cit. gelten und der Vater nur de peculio dem Darlehensgläubiger haften. Aber das Hauskind deckt doch durch Darlehen eine Schuld wegen in rem versum: also ist der Darlehensgläubiger de in rem verso berechtigt.[23])

Die Erörterung dieser Punkte schien mir nöthig, um die Frage erschöpfend beantworten zu können, ob das Darlehen vom Hauskind entsprechend der Aufnahme auch verwendet worden sei. Hierauf will ich in § 10 näher eingehen. Es soll vorerst nur noch eine Ausnahme geprüft werden, die in den heutigen Lehrbüchern als etwas neben dem in rem versum Besonderes hingestellt wird, als eine zweite Ausnahme. So scheidet Puchta den Fall, „wenn das Darlehen zur Deckung eines unabweislichen Bedürfnisses gegeben und aufgenommen wurde" noch von dem Fall des in rem versum.[24]) Arndts a. a. O. scheidet „b. wenn das Darlehen zum Vortheil des Vaters aufgenommen worden ist, sei es auch zur Bestreitung von dem Vater obliegenden Ausgaben für das Kind; c. wenn dasselbe geschah zur Bestreitung unabweislicher Bedürfnisse."[25]) Dafür wird angeführt

a. l. 7. § 13 D. h. t. — „qui studiorum causa absens mutuum acceperat" und l. 5 C. h. t. 4, 28. — „studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumtus quos patris pietas non recusaret." So Sintenis und Arndts.

b. l. 47. § 1 D. de solut. 46, 3. — Sic et in filiofamilias putabat Macedonianum cessare, si in necessa-

[23]) l. 18 D. in rem 15, 3. — qui id ipsum credidit quod in rem versum est. S. Note 10. S. 40.

[24]) a. a. O. Note u. vgl. mit Note aa.

[25]) Aehnlich Sintenis a. a. O. unter 6 u. 7.

rias causas filius mutuam pecuniam acceperit et eam perdiderit." So Alle. Sintenis erinnert noch an Nov. 115 c. 3. § 13. „pro captivorum redemtione"; Puchta citirt noch l. 7. § 14 D. h. t. cit.

Aber eine Vergleichung der angeführten Stellen mit dem Digestentitel de in rem verso zeigt, daß „necessaria causa" eben das in rem versum ausmacht und nur ein anderer Ausdruck dafür ist.[26]) Ein Beispiel dafür ist, wenn das Hauskind mit dem Darlehen sich schafft was es zu seinem Leben braucht oder deßhalb gemachte Schulden damit deckt, was es braucht seiner Stellung gemäß und entsprechend der Stellung und dem Plan seines Vaters: die necessaria causa ist die Haushaltung, Erziehung und was dahin gehört.[27]) Weil nun durch Heirath die

[26]) Daneben kommt vor „quae ad utilitatem pertinet" oder res necessaria vel utilis" l. 5. pr. § 3 D. de in rem 15, 3. Ganz so wie für die negotia gesta gleich steht „in rem necessariam impendere" und „utiliter in rem impendere." Das läßt sich noch weiter durchführen.

[27]) l. 3. § 1. § 3 D. de in rem 15, 3. — ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem i. e. usque ad eum modum quem dominus ei praestare consueverat. Ganz so mit Rücksicht auf das sct. Maced. Ulpian in l. 7. § 13 D. h. t. „si probabilem modum in mutua non excessit, certe eam quantitatem quam pater solebat subministrare; und l. 5 C. h. t. 4, 28. cit. Ferner „ad funus" l. 7. § 3. l. 19 D. de in rem. So ferner: sumtus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, l. 45 D. de neg. gest. 3, 5. vgl. l. 3. § 2 D. de in rem. Ebenso nun auch sumtus studiorum vel legationis causa et c. Die Frage „studiorum causa" findet sich schon in der Glosse ausführlich erörtert, und so wieder bei Donellus, XII. c. 27. § 18—27. Ob das Erforderniß der absentia so streng zu betonen ist, wie von Donellus § 19. geschieht, bezweifle ich; es ist dies die Voraussetzung der negotia gesta wie des in rem versum. Aber durch die absentia soll doch wohl nur unzweifelhaft hervorgehoben werden, daß ein Mandat nicht eingeholt werden konnte. Auch die Frage hat sehr beschäftigt: wenn der Sohn wider Willen des Vaters studire, ob der Vater und der Sohn hafte? Accursius bejaht: „cum sit laetitia patris scientia filii." Donellus § 22. 25. verneint „quia invitus pater nihil fuerit ad eam rem suppeditaturus." Ich entscheide: das Senatusconsult gilt nicht, der Vater wie der Sohn haftet; der Vater konnte ihn emancipiren. Die bloße öffent-

Tochter, obwohl sie in potestate patris bleibt, in andre Haushaltung übergeht, so kann daher aus Darlehnen der Tochter im Interesse ihrer separirten Haushaltung ihr Vater de in rem verso nicht haften, wenn nicht der Vater die Bestreitung dieser Haushaltungskosten, gleichviel wie weit, übernommen hat.[28]) Es lassen sich also die Unterscheidungen von Sintenis, Arndts, Puchta nicht rechtfertigen; es kann nur gesagt werden, daß überall, wo in der Aufnahme oder in der Verwendung des Darlehens ein in rem versum liege, das Senatusconsult nicht anwendbar sei. So schreiben auch Donellus und Vangerow.

§ 10. Fortsetzung. In rem versum.

Soll der Vater aus dem Darlehen seines Hauskindes de in rem verso haften und deßhalb nun auch das Hauskind selber, so müssen darüber die Grundsätze der actio de in rem verso entscheiden. Also genügt nicht der animus vertendi, sondern das versum. Insofern scheint die Frage, ob das Darlehen auch entsprechend der Aufnahme verwendet sei, eine ganz müßige zu sein; denn ohne dies kann von in rem versum nicht die Rede sein. Aber freilich sind diese Grundsätze der actio de in rem verso für unsern Fall nirgend erschöpfend entwickelt. Durch die allgemeine Aeußerung von Glück und Sintenis, daß die nützlich geschehene Verwendung auch erweislich sein müsse und der Vor-

---

liche Bekanntmachung, nicht zu borgen und nicht haften zu wollen, darf nicht genügen, wie Accursius ad l. 7. § 13 D. h. t. aus l. 24 C. de neg. gest. 2, 19. deducirt; aber der Gesichtspunkt der neg. gesta ist hier nicht entscheidend. — Ebenfalls unter den Gesichtspunkt des in rem versum stelle ich das Darlehen pro captivorum redemtione. Nov. 115 c. 3. § 13. Justinian deutet dies an in den Worten „et eis tanquam suis debitis (redemtos) obligari."

[28]) l. 20. pr. l. 21 D. de in rem 15, 3.

wand der Verwendung nicht ausreiche, scheinen mir die hier einschlagenden Fragen noch nicht beantwortet. Auch Donellus geht nicht näher hierauf ein; und Vangerow läßt ebenfalls unentschieden. Es ist wohl wahr, daß die Grundsätze des in rem versum entscheiden; aber diese sind eben hier in Rücksicht auf das Darlehen zu entwickeln. An sich nun ist die Aufnahme eines Darlehens von Seiten des Hauskindes niemals ein in rem versum, wie es wohl andre Obligationen desselben sind z. B. der Ankauf von Getreide, Kleidern ad familiam alendam. Es muß also auf die Beziehung ankommen, welche das Darlehen hat; und diese kann nur eine zweifache sein. Entweder dient die Aufnahme des Darlehens nur als Mittel, während das in rem versum schon anderweitig begründet ist, oder das Darlehen hat den Zweck, ein in rem versum zu erzielen. Die Voraussetzung ist, daß der Gläubiger diese Beziehung kannte, als er darlieh.[1]) Es reiht sich daran der dritte Fall: jene Beziehung fehlt bei der Aufnahme des Darlehens, aber das geliehene Geld wird später so benutzt, daß nun ein versum entsteht.[2]) Dahin gehört, wenn das Hauskind das geliehene Geld an den Vater zahlt, Schenkungs halber, nicht um seine Schuld an den Vater zu zahlen;[3]) wenn es die dargeliehene Summe an Dritte zahlt, sei es zur Deckung väterlicher Schulden, sei es um den

---

[1]) Paulus, sent. rec. II. 9. § 1. Filiusfamilias si acceptam pecuniam in rem patris verterit — de in rem verso in solidum patrem obligat: si tamen ob hanc causam pecunia data sit.

[2]) Nur diesen Fall entscheidet Donellus XII c. 27. § 21. unter Bezug auf l. 5 C. h. t. 4, 28. „Sane si iussu patris datum mutuum probetur, nec in quos usus versa sit pecunia disquiri necesse est" Aber ich kann darin nur finden, daß für die actio quod jussu der Zweck des Darlehens ganz gleichgültig ist. Die Frage, wann in Folge eines Darlehens de in rem verso geklagt werden könne, sehe ich dadurch nicht entschieden und jedenfalls durch ein argumentum a contrario nicht auf den einen Fall des Donellus beschränkt.

[3]) l. 7. § 1 D. de in rem 15, 3. Vgl. oben § 9. S. 39. a.

Empfänger zu obligiren, nicht um diesem zu schenken.[4]) In diesem dritten Fall kann die Frage wegen Verschleuderung, wegen Verlust gar nicht gestellt werden. Vor der Zahlung, d. h. hier vor der vollzogenen Schenkung, vor der Liberirung des Vaters, vor dem Erwerb der Obligation haftet der Vater so wie so nicht. Erst durch die Zahlung entsteht das versum; die Aufnahme des Darlehens ist hier weder Mittel noch Zweck. Daher sprechen die Quellen in diesem Fall nur: si solverit.[5]) Wurde nicht weiter gezahlt, gleichviel warum nicht, so kann auch der Vater nicht einmal de peculio haften: also gilt das Senatusconsult schlechthin.

Es bleiben sonach nur der erste und zweite Fall hier zu betrachten übrig.[6]) Die Aufnahme des Darlehens geschah im Interesse des in rem versum; das wollte das Hauskind, das wußte der Gläubiger. Mit der Darlehenssumme soll ein in rem versum erzielt werden[7]) z. B. ad vestem comparandam oder die Schuld aus einem solchen gedeckt werden. Das Letzte läßt sich denken: das in rem versum, was gedeckt werden soll, ist im Interesse der Haushaltung, Erziehung u. s. w., oder es besteht in der Liberirung des Vaters, wenn das Hauskind durch defensio oder novirende Stipulation den Vater befreit hat. In beiden Fällen kann nun die Sachlage dieselbe sein. Das dargeliehene Geld ist nicht dazu verwendet worden, also z. B. nicht ad emen-

[4]) Vgl. oben S. 38. Note 6 und S. 43. — Damit nicht zu verwechseln ist, wenn das Hauskind aus dem Peculium an Dritte z. B. an ein Hauskind leiht. Hier entsteht überhaupt keine Darlehensobligation l. 3. § 2. D. h. t. Daß Vangerow und Sintenis auch dies unter den Ausnahmen des Senatusconsults aufführen, ist nicht zu rechtfertigen.

[5]) l. 3. § 1. l. 7. § 1. l. 10. pr. D. de in rem verso.

[6]) Gerade diese beiden Fragen beschäftigen in der Regel die römischen Juristen.

[7]) Hierher gehört auch der von Donellus c. 27. § 27. hervorgehobene Fall, wenn der Haussohn borgt in necessariam causam, obwohl er die nöthige Summe vom Vater schon erhalten, aber anders verbraucht hatte.

dam rem necessariam, oder wenn schon gekauft war nicht ad pretium numerandum. Oder das dargeliehene Geld ist dazu verwendet worden, aber erfolglos; z. B. die gekaufte Sache kann nicht geliefert werden oder die tradirte Sache ging zu Grunde. Im Fall erfolgloser Verwendung ist kein Zweifel; der Vater haftet de in rem verso sowohl dem Verkäufer als auch dem Darlehensgläubiger, selbst wenn nicht tradirt werden konnte. Denn der Vater hat die actio emti als in rem versum; und ging die Sache vor der Tradition zu Grunde, so muß man sagen, daß das in rem versum nur ohne Erfolg gewesen sei, gerade so wie wenn die Sache zu Grunde ging nach der Tradition.[8]) Aber auch wenn das geborgte Geld nicht dazu verwendet wurde, muß mit Ausnahme eines Falles dasselbe behauptet werden. Dem Fall der erfolglosen Verwendung des Darlehens steht gleich der Fall der vereitelten, aber beiderseits gewollten Verwendung des Darlehens. Es entscheiden die Grundsätze der negotia gesta, also genügt, daß der Darleiher deßhalb lieh und der Empfänger deßhalb aufnahm. Insofern kann man sagen, daß bei der Aufnahme des Darlehens das vertere velle genügt:[9]) „si tamen ob hanc causam pecunia data sit.“ Also in beiden Fällen kommt das Senatusconsult nicht zur Anwendung; und der Vater muß von zwei Seiten her die actio de in rem verso erwarten, wobei natürlich die Prävenienz entscheidet.[10]) Die hierauf bezüglichen Fragen behandelt Ulpian in

l. 3. § 10 D. de in rem 15, 3. Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor an venditor? Puto autem 1.) si quidem pretium nume-

[8]) Nach der Tradition l. 3. § 7. 8 D. de in rem 15, 3; vor der Tradition l. 3. § 10. eod.

[9]) Vgl. l. 6. § 1. 31. pr. D. de neg. gest. 3, 5. — Besonders l. 7 D. de exerc. act 14, 1.

[10]) l. 4 D. de in rem 15, 3. (l. 18.)

ratum sit, creditorem de in rem verso acturum etsi vestis perierit. 2.) Si autem non fuerit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia ut vestis emeretur, et pecunia perierit vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. An et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? Ratio hoc facit ut teneatur. Unde incipit dominus teneri ex una causa duobus; proinde etsi tam pecunia quam vestis periit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt.

Der Satz „proinde etsi rel." enthält eine Combination von 1 und 2. Es war Geld aufgenommen, um zu kaufen: aber der Kaufpreis konnte mit dem geliehenen Gelde doch nicht gedeckt werden und die gekaufte Sache wurde nicht tradirt.

Nur den zweiten Fall hat African vor Augen in

l. 17. pr. D. de in rem 15, 3. Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit; nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavi. Nam et si procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderat, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum.[11])

Dasselbe mit Rücksicht auf das sct. Maced. führt Marcian aus in

l. 47. § 1 D. de solut. 46, 3. — Sic et in filiofamilias putabat Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecuniam accepit et eam perdiderit.

Glück a. a. O. S. 340. giebt dieser Stelle den beschränkten Sinn, daß zwar das Geld zweckmäßig verwendet, aber die ge-

---

[11]) Vgl. Cuiacius, ad Africanum tract. VIII. Opp. tom. IV. p. 312. ed. Prati.

kaufte Sache nur zufällig wieder verloren gegangen sei. Aber die Voraussetzung ist doch nur, daß in necessarias causas geliehen sei, auch wenn erst z. B. gekauft werden sollte und doch nicht gekauft wurde.[12])

Die Entscheidung, die hier gegeben ist, gründet sich auf die Analogie der negotia gesta und der exercitoria wie institoria actio. Wenn nur ein objectiver Grund für das Geschäft vorhanden ist und der Darlehensgläubiger deßhalb lieh, so hat auch ohne Procura die Klage Statt, wenn gleich das Geld nicht so verwendet wurde. Dies gilt für die exercitoria und institoria actio auch dann, wenn der magister „in proprios usus" verwendete, also verschleuderte.[13]) Im Fall des in rem versum und auch der negotia gesta kann aber diese Consequenz nicht zugegeben werden. Wenn also doloser Weise das Hauskind das geliehene Geld anderwärts verbrachte, so kann der Vater nicht de in rem verso haften; und auch das Hauskind hat die exceptio senatusconsulti, muß aber de dolo haften. Dies deutet Ulpian in l. 3 § 9 D. de in rem in den Worten an: Si sic acciperet quasi verteret nec vertit et decepit creditorem.[14]) Daß hier nicht gilt, was beim magister u. s. w., erklärt sich aus der verschiedenen rechtlichen Natur dieser Verhältnisse. Im Fall der exercitoria actio trifft den dominus die Schuld, cur talem proposuerit; beim in rem versum kann der dominus umgekehrt entgegenhalten, cur crediderit.

---

12) So scheint auch Accursius zu verstehen: in pupillo autem secus dico, si ponas eum pecuniam amisisse, non rem ex eo emtam.

13) l. 1. § 9 D. de exercit. act. 14, 1.

14) Vgl. l. 43. § 3 D. de furt. 47, 2. Si quis nihil in persona sua mentitus est, sed verbis fraudem adhibuit, fallax est magis, quam furtum facit; ut puta si dixit — in mercem se collaturum quod accepit —; sed — de dolo dabitur.

§ 11. Fortsetzung. Das Darlehen scientе patre.

In § 8 habe ich zu erklären versucht, wie die Interpretation der Worte des Senatusconsults „Qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset“ zu der Ausnahme wegen in rem versum patris führte. In diesem Fall ist das Hauskind zwar formell, nicht aber materiell verpflichtet. Ebenso erklärt sich die Ausnahme, wenn sciente patre der Gläubiger lieh. Auch hier ist das Hauskind nur formell verpflichtet; das Wissen des Vaters macht das Darlehen zu seinem eigenen Geschäft. Also hat das Hauskind den Regreß gegen den Vater und zieht sich diese Forderung z. B. bei der Erbtheilung vorweg ab.

Dies Wissen des Vaters ist jetzt näher zu bestimmen. Wenn das Hauskind z. B. institor eines Anderen ist und der Vater weiß, daß es in dieser Eigenschaft ein Darlehen aufnimmt, so muß dieses sein Wissen juristisch ganz gleichgültig erscheinen; der Vater wie der Sohn hat die exc. scti.[1] Also nicht das Wissen schlechthin (nuda scientia) genügt; sondern nur die scientia quae habet et voluntatem.[2] Wenn nun das Hauskind institor eines Anderen ist, so hat der Vater im Kreis dieser Geschäfte keine Disposition: er kann weder anordnen noch untersagen. Das Wissen muß so verstanden werden, daß der Vater verbieten und daß er auch zu dem Darlehen Auftrag geben könnte. Sonach muß ferner das Wissen vorhanden sein im Moment der Aufnahme des Darlehens. Erfährt der Vater, nachdem schon das Darlehen aufgenommen ist, so ist sein Wissen wieder gleichgültig; die Möglichkeit eines entgegengesetzten Willens fehlt. Es kann auch nicht für Ratihabition gelten; denn diese ist selbst ein Akt des Willens, und das Wissen allein ist noch kein Willensakt. Denken wir aber,

---

[1]) l. 7. § 11 in D. h. t. S. oben § 8.

[2]) l. 1. § 3 D. de trib. act. 14, 4.

daß der Haussohn ein Darlehen aufnimmt und dabei vorgiebt, es geschehe im Auftrag des Vaters „patrem rem ratam habiturum“ und der Vater erfährt dies vom Sohne oder vom Gläubiger, so wird nun sein Wissen zur Ratihabition; denn die Ratihabition, die der Sohn in Aussicht stellte, kann er noch weigern. Nur dies sagt Paulus in

l. 16 D. h. t. Si filiusfamilias absente patre quasi ex mandato eius pecuniam acceperit cavisset et ad patrem literas emisit, ut eam pecuniam in provinciam solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis.

Aus dieser Stelle kann nicht geschlossen werden, daß der Vater hafte, wenn ihm nur das Darlehen ausdrücklich angezeigt wurde und er nicht sofort protestirt hat;[3]) das hieße, das bloße Wissen sei ein Willensakt. Ist eine Handlung geschehen, so kann das bloße Wissen noch nicht als Einwilligung, als Ratihabition gelten. Erst wenn das Darlehen in Hinsicht auf Ratihabition gegeben wurde (quasi ex mandato acceperit cavisset), wird das spätere Wissen zur Ratihabition: die Aufnahme des Darlehens steht nicht mehr in Frage, sondern nur die Ratihabition als ein neues Geschäft.[4])

---

[3]) So Sintenis, Civilr. II. S. 511. Note 51. Auch Savigny, System III. S. 251. Note 1. citirt diese Stelle neben l. 12 D. h. t. für den Fall wo der Vater schweigt zu einem Darlehen, welches sein Sohn aufnimmt; ebenso Vangerow, Leitf. I. S. 522 c. Ebenso Bartolus „qui epistolam recipit, videtur approbare quod in epistola continetur.“

[4]) So versteht auch Donellus, XII. c. 27. § 10. „Merito autem Paulus hoc silentium patris pro ratihabitione habet, non propter acceptas et lectas literas de pecunia filio data, ut Bartolus putavit. Unusquisque enim literas accipit et legit, ut cognoscat quae in his scripta sunt, non etiam ut probet; sed quod cum in superiore specie solus scire possit pater, an filius sit mentitus de mandatu patris, si rogatus de eo tacet dolo facit.“ Die Worte „si quasi

Wie haftet nun der Vater, wenn seine scientia eine solche ist „quae habet et voluntatem"? De peculio, oder quod iussu also in solidum? Da der iussus ganz formlos ist und eine causa für die Haftung des Vaters aus einem nicht von ihm zunächst abgeschlossenen Vertrag doch vorliegen muß, so kann dieser Fall des Stillschweigens nur unter den Gesichtspunkt des iussus gestellt werden; der Vater haftet in solidum. Es scheint zwar, als unterscheide Paulus in l. 12 D. h. t. den Fall des Stillschweigens vom iussus: Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatusconsultum. Sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatusconsulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est. Aber er hebt nur den sachlichen Unterschied hervor, daß im Fall eines ausdrücklichen iussus der Wille ignorante creditore so wenig wieder zurückgezogen werden kann, wie das Wissen, wenn es einmal vorhanden ist, sich später nicht ungeschehen machen läßt.

Da nun schon das Senatusconsult nicht gilt, wenn nur sciente patre dargeliehen wurde, so bedarf der Fall des ausdrücklichen iussus keiner weiteren Erörterung. Ebenso wenn der Haussohn als magister, als institor des Vaters das Darlehen aufnahm; es müssen natürlich dann die Grundsätze der institoria und exercitoria actio entscheiden.[5]) Im Titel de scto Macedoniano ist daher vom iussus und den Procuraverhältnissen nur

ex mandato acceperit cavisset" müssen betont werden. Uebrigens citirt Sintenis, Civilr. I. S. 156. Note 28. die l. 16. für den Fall des Schweigens bei einem vor sich gehenden Ereigniß und S. 158. Note 40 für den Fall der Ratihabition.

[5]) l. 1. § 8—11. l. 7 D. de exerc. act. 14, 1. — l. 5. § 13. 14. l. 13 pr. D. de instit. act. 14, 3. Die Bemerkung Vangerow's a. a. O. S 522 c.: „die Einwilligung wird auch dann angenommen, wenn der Vater das Kind zu seinem institor ernennt" ist in dieser Allgemeinheit gewiß unrichtig.

beiläufig die Rede;[6]) zu erörtern war nur, daß schon das Wissen, in dem Wille liegt, das Senatusconsult beseitigt und daß dem gleich steht Ratihabition durch Stillschweigen.[7]) Daß dann aber die Klage quod iussu Statt habe, ergiebt sich aus dem Begriff des iussus als eines formlosen Aktes. Wenn aber auch der ausdrückliche iussus, die Procura als bloße Steigerungen erscheinen gegenüber der scientia quae habet et voluntatem, so muß doch, glaube ich, ein Unterschied festgehalten werden. Der iussus kann generell und speciell sein, ebenso die Procura: das Wissen aber, wenn daraus der Vater quod iussu haften soll, muß immer als ein specielles, für den einzelnen Darlehensfall gedacht werden. Daher kann ich die Ansicht Glücks[8]) und Andrer nicht billigen, daß der Vater wegen seines Schweigens auch dann hafte, „wenn er die Schulden seines Sohnes schon öfters, ohne Widerspruch, bezahlt hat. Denn hierdurch hat er stillschweigend in den Credit gewilligt.“ Nur in dem einen Fall ist specielles Wissen nicht erforderlich, wenn der Sohn mit Wissen des Vaters sein Peculium, ganz oder theilweise, zu gewerblichem Betrieb verwendet. Soweit das Peculium Betriebsfond und wenn das Darlehen im Sinne des gewerblichen Betriebes ist, ist das Darlehen nur ein Posten in der Geschäftsreihe und mit dieser also stillschweigend gewollt, auch wenn der Vater von dem einzelnen Posten Nichts weiß. Natürlich kann der Vater das Darlehen auch von seinem speciellen Wissen abhängig machen, indem er es

---

[6]) l. 7. § 11 D. h. t. „quamquam“ rel.

[7]) l. 16 D. h. t., oder Zahlung l. 7. § 15 D. h. t. vgl. l. 1. § 6 D. quod iussu 15, 4. Nach l. 5. § 2 D. de in rem verso 15, 3. wird freilich auch die actio de in rem verso zugelassen. Ob diese Stelle aus dem Streit der römischen Juristen über die Wirkung der Ratihabition zu erklären ist? Diese l. 5. § 2 D. cit. ist bisher bei dieser Frage übersehen worden; s. Leist a. a. O. S. 71. 72.

[8]) a. a. O. S. 335. Note 60. — Siehe dagegen auch Thöl, Handelsrecht. 3. Aufl. S. 129 a. E.

untersagt: nam si scit eum negotiari, etiam hoc permisisse videtur, si non nominatim prohibuit merces accipere.[9]) Der Vater haftet dann aber nicht mit der actio quod iussu oder actio institoria; das hieße, er haftet mit seinem ganzen Vermögen. Er haftet nur mit der tributoria actio, wenn nicht der Gläubiger vorzieht, schlechthin de peculio zu klagen;[10]) denn indem der Vater die Benutzung des Peculium zu gewerblichem Betrieb gestattet, spricht er zugleich darin aus, daß er wie bei jedem Peculium nur beschränkt (in merce peculiari) haften wolle[11]) (limitirtes Mandat).

§ 12. Fortsetzung. Haftung de peculio.

Wenn das Senatusconsult, obwohl wissentlich einem Hauskind geliehen war, nur außer Anwendung kommt wegen in rem versum und wegen Wissen des Vaters, das dem iussus gleich steht, so folgt, daß die actio de peculio in den andern Fällen aus dem Darlehen an ein Hauskind ausgeschlossen ist (§ 8). Dies Resultat bestätigen folgende Stellen:

1.) l. 6. pr. C. h. t. 4, 28. Si filius tuus in potestate tua agens contra senatusconsultum Macedonianum mutuam sumsit pecuniam, actio de peculio adversus te eo nomine efficaciter dirigi nequaquam potest.

2.) l. 3. § 4 D. de minor. 4, 4. — Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium (in integrum restitutionis);

---

[9]) l. 7. § 11 D. h. t.

[10]) Darüber l. 11 D. de trib. act. 14, 4.

[11]) l. 5. § 15. 16 D. de trib. act. 14, 4. Den Unterschied der trib. actio von a. quod iussu und institoria hebt wohl am schärfsten hervor l. 7. § 11 D. de inst. act. 14, 3. Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet: neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica; quodsi non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.

si patrem conveniat creditor, auxilium cessat excepta mutui datione: in ha(n)c enim, si filius iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur.

Ulpian erörtert, wann der filiusfamilias minor auf in integrum restitutio Anspruch habe. Die in integrum restitutio in diesem Fall konnte bedenklich sein, weil ja dieselbe „in re peculiari" nun auch den maiores zu Gute käme. Ulpian unterscheidet a. wenn der Haussohn iussu patris contrahirte; in dieser Verbindung steht die ausgezogene Stelle; b. wenn derselbe sine iussu contrahirte, aber auch nicht in rem vertirte, so daß nur de peculio actio möglich ist. Der Vater hat in beiden Fällen keinen Anspruch auf in integrum restitutio „excepta mutui datione." Da wird dem Vater geholfen; die Hülfe aber ist hier nicht die in integrum restitutio, sondern die exceptio senatusconsulti Macedoniani. Das spricht Ulpian nicht aus; aber in den Worten „exc. mutui datione" liegt es. „In hac enim, si filius iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur." Denkt man freilich bei „non adiuvatur" hinzu per restitutionem, wie die Glosse,[1]) so kann das „non adiuvatur" als Ausnahme zu dem „auxilium (i. i. r.) cessat" nicht passen. Gleichwohl können die Worte „non adiuvatur" auch nicht auf den Sohn bezogen werden, wie die Glosse, Sintenis und Puchta wollen. Versteht man aber bei non adiuvatur die exceptio scti Maced., so erhalten wir den Sinn: der Vater muß aus den Geschäften seines filiusfamilias minor haften, sie mögen iussu oder sine iussu patris contrahirt sein, (auxilium in integrum restitutionis cessat). Dieser Hülfe bedarf es nicht, wenn ein Gelddarlehen vorliegt (excepta mutui datione). Der Vater haftet ope exceptionis nicht. „Freilich wenn der Haussohn iussu patris das Darlehen aufnahm, so haftet der Vater" („non adiuva-

---

[1]) Ebenso Sintenis, Civilr. I. S. 376. Note 73. und Puchta, Pand. § 103 i. Subject ist dann filius.

tur“ exceptione.) Also wenn sine iussu patris, so haftet der Vater nicht (adiuvatur exceptione). Das Resultat ist: gegen die actio de peculio aus dem Darlehen an ein Hauskind hat der Vater die exc. scti Macedoniani.[2])

3.) l. 9. § 2 D. h. t. Hoc senatusconsultum et ad filias quoque familiarum pertinet; nec ad rem pertinet, si affirmetur ornamenta ex ea pecunia comparasse. Nam et ei quoque qui filiofamilias credidit decreto amplissimi ordinis actio denegatur; nec interest consumti sint nummi an exstent in peculio.

Schmuck ist nicht necessaria causa; also das Darlehen dazu kein in rem versum.[3]) Wäre auch das geborgte Geld im Peculium noch vorhanden, so gilt doch das Senatusconsult gegen die actio de peculio. Meines Erachtens ist auch die rei vindicatio gegen den Vater ausgeschlossen; denn mutua pecunia contra senatusconsultum data trifft nicht das Peculium und der Vater besitzt hier nicht durch das Hauskind.[4]) Dagegen ist eingewendet, daß ja sich dann der Vater mit des Anderen Schaden bereichere; aber dieser Einwand ist ebenso unhaltbar, als die Erwiderung darauf, daß diese Regel nicht gelte, wo das Gesetz dem Gläubiger zur Strafe die Klage versagt.[5]) Aus dem letzteren Grunde kann Nichts deducirt werden, der Gläubiger büßt viel-

---

[2]) Zu demselben Resultat kommt Savigny, System VII. Beil. XVIII., der diese Stelle ausführlicher behandelt. Er emendirt aber: „in hac enim, si filius non iussu patris mutuam pecuniam accepit, adiuvatur.“ Die Emendation halte ich für richtig, aber nicht für nöthig. Savigny's Grund ist, daß „auxilium cessat“ als Regel und „non adiuvatur“ als Ausnahme nicht passen. S. 282. Aber S. 284. Note 1. sagt er doch selbst, daß bei aux. cess. an die in int. rest., bei adiuvatur an das sct. Maced. zu denken sei wegen des Schaltsatzes exc. mut. dat.

[3]) S. jedoch l. 3. § 6 D. de in rem 15, 3.

[4]) S. oben § 8. Note 11.

[5]) So die Glosse, Donellus XII. c. 25. § 5., Glück XIV. S. 341.

mehr seinen error iuris; und von Bereicherung läßt sich da nicht sprechen, wo der Eine vom Andern mit dessen Willen Etwas hat.

4.) l. 11 D. de fideiuss. 46, 1. Qui contra senatusconsultum filiofamilias crediderit mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet, nec est ulla hereditas cuius nomine fideiussores obligari possent. (Iulianus lib. XII. Dig.)

Der Gläubiger contra senatusconsultum kann vom Vater keinen Bürgen erwarten, weil er den Vater auch nicht „honoraria actione" belangen kann. Die honoraria actio ist keine andere als die actio de peculio. Die Worte „mortuo eo", sonst unwesentlich, gewinnen dadurch Bedeutung. Mit dem Tode des Hauskindes fällt das Peculium mit allen Forderungen und Schulden dem Vater zu; darauf hin könnte die Bürgschaft gefordert werden.

An l. 11. cit. schließt sich folgende Stelle Julians: Plane eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competit, fideiussor recte accipitur. (lib. XLIII. Dig.)

Beide Stellen hat Venuleius vereinigt und so finden sie sich als l. 18 D. h. t.: Creditorem filiifamilias mortuo eo fideiussorem accipere non posse Iulianus scribit, quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit cui fideiussor accedat. Plane a patre eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi.

Den Satz „Plane eius actionis" versteht die Glosse von allen anderen Geschäften außer dem Darlehen. Wenn nun auch die Stelle so verstanden werden kann, so darf doch wohl nach der Stelle des Venuleius das Darlehen nicht ausgeschlossen werden. Die Verbindung der beiden Julianischen Stellen aus ganz verschiedenen Büchern zu einer Stelle kann bei Venuleius nur den Sinn haben, daß bisweilen der Vater aus dem Darlehen seines

Hauskindes de peculio hafte und dann auch ein Bürge gültig verlangt werden könne.

Daß nun aber der Vater, obwohl nicht iubente eo oder in rem eius das Geld geliehen wurde, unter Umständen doch de peculio hafte, geht auch aus folgender Stelle Ulpians hervor:

l. 12. § 13 D. mandati 17, 1. Si quis mandaverit filiofamilias credendam pecuniam non contra senatusconsultum accipienti, sed ex ea causa ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod iussu pater teneretur, erit licitum mandatum. Hoc amplius dico si, quum dubitarem utrum contra senatusconsultum acciperet an non nec essem daturus contra senatusconsultum accipienti, intercesserit qui diceret, non accipere contra senatusconsultum et periculo meo crede, dicat, bene credis, arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri.

Wenn nur der Vater aus dem Darlehen de peculio haftet, so gilt das mandatum qualificatum. Der Gläubiger hat also auch gegen den mandator die a. mandati (mandati eum teneri) und der mandator hat gegen den Vater die actio de peculio.

Dies allgemeine Resultat beweist auch:

l. 1 C. Ne filius pro patre 4, 13. Neque ex eius filii persona, qui quum sui iuris esset mutuam pecuniam accepit, pater eius si non fidem suam obstrinxit conveniri potest; neque ex eius quem in potestate habet, si sine iussu eius contractum est neque contra senatusconsultum Macedonianum mutua pecunia data est, amplius nisi duntaxat de peculio actionem sustinere cogitur. Quapropter pater quoque tuus, si ei pecunia a creditore fratris tui extorta est ob quam reddendam non tenebatur, praesidis provinciae auctoritate eam recuperabit. (Gordianus).

Gordian sagt: Aus dem Darlehen an ein Hauskind, wenn zwar sine iussu, aber doch auch nicht contra sct. Maced. contrahirt wurde, haftet der Vater nur de peculio. Ohne irgend handschriftliche Autorität setzt aber Haloander vor „contra sen. Mac." ein si und stellt außerdem den ganzen Satz neque — data est in Parenthese. Der Sinn wäre darnach: noch kann der Vater weiter als de peculio haften, wenn der Sohn ohne Auftrag contrahirte, (nicht auch wenn er „contra sct. Maced." contrahirte). Es scheint, als bezöge Haloander was außer der Parenthese steht auf andre Fälle, nicht auf das Darlehen; aber der Bezug auf's Darlehen ist nach dem Rescript nothwendig. Zu der Parenthese müßte aber doch auch wieder sine iussu hinzugedacht werden, und der Sinn würde dann sein: wenn der Haussohn contra sct. Maced. contrahirt, so hafte der Vater nicht einmal de peculio. Man sieht, daß Haloander durch seine Conjectur die Stelle Gordians mit l. 6 pr. C. h. t. 4, 28 cit. vereinen wollte.[6]) Haloander ging von der Ansicht aus, daß in keinem Falle, wenn sine iussu dargeliehen wurde, de peculio geklagt werden könne; diese Ansicht widerlegt sich durch l. 18 D. h. t. l. 12. § 13 D. mand. citt. Damit fällt die Conjectur Haloanders zusammen. Der Satz „neque contra senatusconsultum mutua pecunia data est" ist vielmehr nur eine genauere Bestimmung des vorhergehenden „sine iussu." Die ganze Stelle könnte auch so lauten: „neque ex eius quem in potestate habet, si s i n e i u s s u n e q u e c o n t r a s e n a t u s c o n s u l t u m mutua pecunia data est, amplius nisi duntaxat de peculio rel." So schreibt in der That Gordian im zweiten Theile desselben Rescripts, das sich als l. 1 C. de filiofamilias minore 2, 23 findet: „Si frater tuus quum mutuam pecuniam acciperet in patris fuit potestate, n e c i u s s u e i u s n e c c o n-

[6]) Ebenso G l ü c k XIV. S. 341. Note 75., der für neque si vorschlägt neque ei. Das „si" ist aber überhaupt zu streichen.

tra senatusconsultum contractum est" rel.[7]) Daß nun die Worte den oben angegebenen Sinn haben, beweist auch der zur Entscheidung vorliegende Fall. Es handelt sich um ein Darlehen, „ob quam reddendam (pater) non tenebatur", nicht einmal de peculio. Gordian deutet bei Gelegenheit dieses Falles nun den Grundsatz an, wann der Vater wenigstens de peculio hafte: wenn zwar nicht auf directen Auftrag des Vaters, doch auch nicht so geliehen wurde, daß die exc. scti Maced. vorgeschützt werden könnte.

Hierauf kann endlich auch aus l. 3. § 4 D. de minor. 4, 4. folgender Satz gezogen werden:

> [Excepta mutui datione; in hac enim — adiuvatur.] Proinde et si sine iussu patris contraxit et captus est, si quidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, poterit restitui.

Ulpian sagt: Obwohl der Haussohn sine iussu patris Geld lieh, so ist es doch möglich (si quidem), daß de peculio geklagt werden kann.[8])

Es fragt sich nun, welches die Fälle sind, wo die actio de peculio möglich ist, obwohl sine iussu patris contrahirt wurde und doch nicht contra senatusconsultum. Daß dann auch das Hauskind hafte, ist unzweifelhaft, und erhellt deutlich aus den letzten Worten Ulpians: si filius conveniatur, poterit restitui; ingleichen aus l. 1 C. 2, 23 cit.: Si frater tuus quum mutuam pecuniam acciperet, nec iussu patris nec contra senatusconsultum contractum est, propter lubricum aetatis adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postu-

---

[7]) Daß l. 1 C. cit. und l. 1 C. 4, 13. cit. Theile eines Rescripts sind, kann kein Zweifel sein: sie behandeln denselben Fall, haben dasselbe Datum. Der Adressat heißt nur in l. 1 C. 2, 23. „Candianus miles", in der andern Stelle „Candidus miles".

[8]) Auch Savigny, System VII. S. 285—87. versteht diesen Satz vom Darlehen.

lare. Der Restitution bedürfte es nicht, wenn der Sohn die exceptio scti gebrauchen könnte. Derselbe Grund, der die Haftung des Sohnes bewirkt, wenn der Vater quod iussu, de in rem verso u. s. w. haftet, muß auch entscheiden, daß der Sohn hafte, wenn der Vater de peculio belangt werden kann.[9]) Dies trifft nun zu:

a. wenn das Hauskind mit dem geborgten Geld seine Schuld an den Vater oder seine Schuld an Dritte bezahlt. Daß hier ein in rem versum nicht vorliegt, und wie die Schuld an Dritte beschaffen sein müsse, darüber habe ich oben § 9. S. 40. ffg. gesprochen. Zahlt nun das Hauskind eine solche Schuld an Dritte, so wird so weit der Vater von der actio de peculio frei; aber er wird frei mit fremdem Gelde. Da nun in diesem Fall das Hauskind die exceptio nicht haben kann,[10]) so kann sie auch der Vater nicht haben: also haftet der Vater de peculio. — Wenn der Sohn seine Schuld an den Vater zahlt, so muß gleichfalls der Gesichtspunkt von l. 7. § 14 cit. entscheiden: das Darlehen zur Deckung einer Schuld an den Vater kann juristisch nicht anders behandelt werden, als das Darlehen zur Deckung einer Schuld an Dritte. Hierher könnte auch gestellt werden

b. wenn das Hauskind „publice" als paterfamilias galt;[11]) weil hier das Hauskind die exceptio nicht hat, müßte auch, so sollte man meinen, der Vater de peculio haften. Nicht so, wenn dolose das Hauskind sich als Hausvater aufspielte; das Hauskind haftet ex dolo, der Vater aber deßhalb auch nicht de peculio.[12])

---

[9]) S. oben § 8. — Savigny, System VII. S. 286. scheint zu meinen, daß, wenn der Vater de peculio hafte, doch der Sohn nicht hafte.

[10]) l. 7. § 14 D. h. t. S. oben § 9. S. 40. ffg.

[11]) Diesen Fall hebt auch Savigny, System VII. S. 286. Note p. hervor. — Darüber unten § 19.

[12]) S. oben § 7. S. 29—31.

Andere Fälle, wo der Hausvater de peculio hafte obgleich ignorante eo contrahirt wurde, giebt es nicht; der Gläubiger mußte nur wissen, daß trotzdem nicht contra senatusconsultum geliehen werde. Dies läßt sich nur sagen in den beiden angegebenen Fällen. Für den Fall unter b. bedarf dies keiner Erörterung weiter. Für den Fall unter a. entscheidet, daß durch das Darlehen eine Schuld gedeckt wurde, die gegen das Peculium ging (Schuld an Dritte) und die der Vater vom Peculium abziehen konnte (Schuld an den Vater); Minderung des Peculium war hier wie dort die Folge der Schuld. Also wird die Stellung des Vaters zum Peculium keine andre, wenn er für das Darlehen steht, das jene Schulden deckte. Das aber war die ratio des Senatusconsultes rücksichtlich der Väter, dieselben vor der actio de peculio zu schützen. Diese ratio trifft hier so wenig zu, wie in den Fällen wo der Vater quod iussu u. s. w. haftet.

Soweit nun die actio de peculio Statt hat, ist die Folge, daß der Vater, nach dem Tode seines Sohnes, nur noch ein Jahr lang de peculio hafte und daß soweit der Vater auch aus der Person seines Sohnes, wenn er minor war und Grund dazu ist, die in integrum restitutio beanspruchen könne.[13]) Ferner folgt, daß das Hauskind, nach dem Tode seines Vaters, wenn es väterliches Vermögen nicht erwarb, nur hafte in quantum facere potest. Endlich kann nun aber auch das Hauskind als defensor patris die actio de peculio übernehmen; und der Vater soll nach der Condemnation des Hauskindes sogar de in rem verso haften. Das kann aber nicht heißen, daß er nun sine deductione hafte; denn durch die Litiscontestation patris nomine kann der Vater doch nicht schlechter gestellt werden. Also das in rem versum reicht nicht weiter als das peculium; aber das ist das Resultat, daß nun der Vater auch noch hafte, wenn

[13]) l. 3. § 9 D. de minor. 4, 4. Diese Stelle verträgt sich nicht mit Savigny's Bemerkung, System VII. S. 285: „eine Restitution kann der Vater in keinem Fall verlangen."

die actio de peculio nicht mehr möglich ist z. B. post annum.[14]) Die Haftung des Vaters de in rem verso in diesem Falle ist übrigens nur da möglich, wo der Vater schon ante litem contestatam de peculio haften würde. Denn sonst ist eine Uebernahme des iudicium patris nomine nicht denkbar, so ex delicto. Wird aus einem Delict das Hauskind verklagt und verurtheilt und nimmt das Hauskind nun ein Darlehen auf um das iudicatum zu decken, so kann der Vater doch nur de peculio haften.[15]) Und wenn das Hauskind ein Darlehen aufnimmt, um ein früheres Darlehen contra sctum zu tilgen, so könnte der Vater auch nicht mit der actio iudicati de peculio haften: denn auch dem Vater kommt die sogenannte privilegirte Natur der exceptio scti zu Statten.

§ 13. Zusammenstellung der bisherigen Resultate.

Ehe ich zu einem neuen Punkte übergehe, will ich kurz das bisher Erörterte zusammenfassen. Das römische Recht kennt zwei wichtige Bestimmungen für Contractsobligationen der Hauskinder:

---

14) l. 10. § 3 D. de in rem 15, 3. Quare potest dici, etsi de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem; cuius sententiae id erit emolumentum, ut si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. Ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto.

15) l. 3. § 11 D. de pec. 15, 1. Es ist dies ein Beispiel für l. 7. § 14 D. h. t. s. oben S. 40. — Daß Verurtheilung, ein iudicatum vorliegen muß, schreibt Ulpian ausdrücklich wieder in l. 35 D. de noxal. actt. 9, 4. (lib. 51. ad Sab.); daß die Litiscontestation genüge, kann derselbe Ulpian in l. 57 D. d. iud. 5, 1. (lib. 51. ad Sab.) nicht sagen wollen, wie Huschke, Nexum S. 133. Note 184. meint. Die Consequenz müßte sonst sein, daß auch im Fall der absolutorischen res iudicata der Vater aus Delicten seines Hauskindes doch de peculio haften müßte. Auf dieser Verwechselung der res iudicata mit iudicatum beruhen die Bemerkungen Kuntze's, die Obligation. 1856. S. 213. Note 2.

das Edict quod cum eo in aliena potestate est und das senatusconsultum Macedonianum. Das Edict gilt für alle Contractsobligationen, das Senatusconsult nur für Darlehen: aber darin stimmen Beide überein, daß die Entstehung des Contractes in die Zeit fallen soll, wo der Schuldner Hauskind d. h. vermögensunfähig war. Darnach ergab sich, daß das Senatusconsult nicht gelten konnte, wo schon das Hauskind vermögensfähig ist (als miles) und soweit die Vermögensfähigkeit gilt (also usque ad peculii quantitatem), und wo es wenigstens publice als paterfamilias, als vermögensfähig galt.

Aber die Anwendung des Edicts setzt voraus, daß das Hauskind inzwischen zur Vermögensfähigkeit gelangt ist, jedoch vom Vater her Vermögen nicht hat; die Anwendung des sct. Maced. ist schon möglich, obwohl der Schuldner noch in patris potestate ist. Das Senatusconsult ist also auch im Interesse des Vaters; die ratio nach dieser Seite ist, den Vater vor der actio de peculio zu schützen. Diese ratio fällt weg, wenn das Darlehen des Hauskindes ein in rem patris versum ist oder sciente patre gegeben wurde; nur eine Ausführung des letzteren ist, daß auch im Fall ausdrücklichen Befehls oder der Procura das Senatusconsult nicht gilt. In einem Fall ist specielles Wissen nicht nöthig (actio tributoria). In allen diesen Fällen haftet das Hauskind, weil der Vater haftet; das Hauskind erwirbt hier eine Forderung gegen den Vater.

Obwohl nun durch das sct. Maced. die Haftung des Vaters de peculio ausgeschlossen ist, so kann dies doch da nicht gelten, wo das Darlehen selbst dem Peculium zu Gute kam oder, nach Savigny (S. 63.) wenigstens, wo der Darlehensempfänger publice sui iuris galt. Nun haftet auch das Hauskind wieder.

Wo nun der Vater quod iussu (institoria, exercitoria actione), de in rem verso, de peculio haften würde, da kommt für das Hauskind, wenn es vermögensfähig geworden, wieder das Edict zur Anwendung: die Haftung ist nur in quantum fa-

cere potest. Ueberdies aber steht dem Hauskinde als minor die in integrum restitutio zu, auch wenn iussu (überhaupt voluntate) patris contrahirt wurde.[1]) Der Vater kann Restitution nicht verlangen, außer in re peculiari nach dem Tode des Kindes; und wenn der Vater, da er sein Kind noch in der Gewalt hat, de peculio belangt wird, so kann auch das Kind nicht restituirt werden. Dies folgt aus der rechtlichen Natur des Peculiums: magis enim patris quam filii interest.[2])

Es ist nur noch zu bemerken, daß in allen Fällen, wo der Vater mit einer actio adiecticiae qualitatis haftet, auch „directo" condicirt werden kann. Nicht als eine Neuerung, sondern als herkömmlichen Gebrauch schreibt dies Justinian in § 8 I. quod cum eo 4, 7. Savigny[3]) versteht dies nur vom Darlehen; aber Justinian spricht allgemein: illud in summa admonendi sumus rel. Eben daraus erklärt Savigny, daß Justinian von der actio de peculio schweige, weil diese durch die exceptio sc*ti*, und also auch die condictio ausgeschlossen werde; auch Ruhstrat a. a. O. läßt, wo nur de peculio geklagt werden könnte, die condictio nicht zu, obwohl er die Stelle Justinians allgemein versteht.[4]) Aber auch aus dem Darlehen

---

[1]) In Betreff dieser Frage verweise ich ganz auf Savigny, System VII. Beil. XVIII., dem ich im Resultat durchweg beistimme. Die andere Meinung von Puchta, Sintenis (s. oben S. 57. 64.) beruft sich auf den criminal-polizeilichen Zweck des Senatusconsults; voluntate patris höre die Gefährlichkeit auf!

[2]) l. 3. § 4 D. de min. 4, 4.

[3]) Obligationenrecht II. S. 34. 35. Note ee. 67. 68. — Savigny erklärt die Condictio daraus, „weil dem Hausvater das Eigenthum des Geldes erworben wird." Consequent muß dann der Vater auch wegen in rem versum doch in solidum haften. Ich kann dies nicht zugeben. S. auch Ruhstrat, über Savigny's Lehre von der Stellvertretung. S. 41.

[4]) Vgl. auch Ruhstrat, Archiv für die Praxis des Oldenburgischen Rechts. 1. Bd. S. 56. „Nur bei der actio de peculio ist nicht von der condictio die Rede, und zwar weil hier die consumtio nie schaden konnte, da man die actio rei iudicatae de peculio mit dem nämlichen Erfolge anstellen konnte, wie die ursprüngliche actio adiecticiae qualitatis."

kann unter Umständen de peculio geklagt werden, wie ich gezeigt habe. Wo nun der Vater de peculio haftet, ist der Grund derselbe, wie wenn er quod iussu u. s. w haftet: sein Wissen und Wille. Der Unterschied liegt nur in dem Umfang der Haftung, die je nachdem limitirt oder illimitirt ist. Also trifft auch für die actio de peculio zu, was Justinian schreibt: tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Daß auch an Stelle der tributoria actio das „directo condicere" nicht verneint sein kann, darf noch weniger bezweifelt werden, obwohl Savigny und Ruhstrat auch hier consequent es verneinen müßten. In welcher Weise ist nun das „directo condicere" zu verstehen? Soll auch condicirt werden können, obwohl adiecticia qualitas nicht vorhanden ist? So scheint es nach Savigny, weil er Alles auf den Eigenthumserwerb stellt. Aber es kann doch nur bedeuten, daß, wo adiecticia qualitas vorhanden ist, auch ohne diese die Civilklage anzustellen ist; also die formale Aufnahme der adiecticia qualitas in die Formel, in die Klage ist nur nicht nöthig,[5]) die bloße condictio mutui ohne das Dasein der adiecticia qualitas ist unmöglich. Den Vortheil des directo condicere sehe ich nicht bloß, wie Ruhstrat, darin, daß nun durch die Klage gegen das Hauskind nicht mehr die Klage gegen den Vater consumirt wurde, sondern vor Allem darin, daß nun die Klage gegen den Vater nicht mehr durch Angabe einer falschen adiecticia qualitas ausgeschlossen werden konnte: die adiecticia qualitas kam nun erst in iudicio zur Sprache, und der Kläger konnte also bis zur sententia variiren. Wie man aber darauf kam das directo condicere zu gestatten, erkläre ich einfach daraus, daß, wie direct der Hausvater berechtigt wird, er auch

[5]) So versteht auch schon die Glosse zu § 8 I. cit. „directo condici" i. e. non adhibita hac adiectione; und zwar auch im Fall der tributoria und de peculio actio.

direct aus den Geschäften seines Hauskindes verpflichtet werden soll, wenn nur objectiv eine adiecticia qualitas vorhanden ist. Damit stimmt überein, daß das directo condicere nur vorkommt, wo ein Hauskind oder Sclave contrahirt,[6]) nicht wo ein freier Stellvertreter das Geschäft schloß. Nur die Parallelisirung der directen Verpflichtung mit der directen Berechtigung des Vaters war der Grund dieses Dogmas; nicht die Härte der Grundsätze von der Consumtion, wie Ruhstrat meint. Daß die Consumtionsgrundsätze dadurch geändert wurden, war nur die Folge jenes Dogmas, nicht der Zweck. —

§ 14. Beschränkung des Senatusconsults auf mutua pecunia.

Der Senat motivirt seinen Beschluß ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset actio petitioque daretur durch die Thatsache: „Cum inter sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet, placere.“ — Das Motiv ist ein sehr allgemeines: das aes alienum der Hauskinder ward für den Macedo eine sceleris causa; das aes alienum ist allgemein zu verstehen als jegliche Schuld. Beispielsweise führt der Senat das pecu-

[6]) So § 8 I. cit. — l. 29 D. de reb. cred. 12, 1. — l. 17. § 4. 5. D. de instit. act. 14, 3. — l. 84 D. pro socio 17, 2. — l. 19. § 3 D. de iudic. 5, 1. — l. 4. § 3 D. de edendo 2, 13. — Gar nicht hierher gehört, obwohl von Savigny a. a. O. S. 34. Note bb. und dd. für das directo condicere und für die Beschränkung des § 8 I. auf's Darlehen angezogen, l. 5. pr. D. quod iussu 15, 4.: hier contrahirt das Hauskind gar nicht, sondern nimmt nur Zahlung entgegen „imo hoc casu de iussu actio non competit.“ Also das Hauskind könnte gar nicht haften; und die Frage ist doch bloß, ob der Vater directo obligirt werde, weil und wenn es sein Kind ist. —

niam incertis nominibus credere an; es ist jedenfalls nicht nothwendig, dabei an Darlehensschuld zu denken. Im gewöhnlichen Leben wird wohl pecuniam credere dem pecuniam dare (credendi causa) gleich gebraucht;[1]) aber die Kanzleisprache des Senats muß es rechtfertigen, wenn wir das credere pecuniam nicht auf eine Species beschränken. Der angeführte Fall des Senats ist z. B. vorhanden, wenn Jemand dem Hauskind eine schwerlich erigible Forderung cedirt und sich von demselben eine gleiche Summe stipulirt. Die Cession des incertum nomen ist das Zahlungsmittel, um das pecuniam credere zu bewirken.[2])

Der Beschluß des Senates trifft aber, dem allgemeinen Motiv gegenüber, nur eine Species des aes alienum, der pecunia credita der Hauskinder: das mutuam pecuniam dare. Der Senat theilt also die Schulden der Hauskinder in zwei Klassen, in solche, die ihren Grund in data pecunia haben, und in solche, die ohne data pecunia bestehen. So schreibt Ulpian in l. 3. § 3 D. h. t. Is. autem solus senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non

---

[1]) So faßte man ja auch den Inhalt des Senatusconsults: vulgo dicitur filiofamilias credi non licere l. 4 D. h. t. — Ueber die Zeit des Senatusconsultes ist Streit. Ich setze es unter Vespasian, weil der Bericht bei Suet. Vesp. 11. mit dem Text des Senatusconsults besser stimmt, als der Bericht bei Tac. Ann. XI. 13, wornach es in die Zeit des Claudius fällt. — Der Streit, ob Macedo der foenerator oder Haussohn sei, ist den Worten des Senatusconsultes gegenüber unmöglich und wäre ohne Theophilus (IV. 7. § 7.) schwerlich entstanden. Das Richtige hat schon die Glosse, ebenso Brissonius, de verb. sign. v. Macedo. Dagegen Glück, S. 303—8.

[2]) Glück XIV. S. 304 erklärt nach Hommel, de mutuo fil. fam. Lips. 1726 jenes Beispiel von einem Darlehen auf einen ungewissen Zahlungstermin. Das scheint mir aus sprachlichen Gründen unmöglich, s. Dirksen, manuale v. nomen § 3. — Heineccius, antiquit. VI. 7. § 8. erklärt: nominibus non bonis sub usuris immodicis credere; auf die „usurae mordacissimae“ kommt es nicht an. Im Uebrigen ist nicht klar, wie er jenes Beispiel des Senates versteht.

qui alias contraxit, puta vendidit, locavit vel alio modo contraxit. Nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est, et ideo etsi in creditum abiit filiofamilias vel ex causa emtionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit cessat senatusconsultum. Die Erinnerung Ulpians „etsi in creditum abiit filiofamilias vel ex causa emtionis" gewinnt gegenüber dem allgemeinen Motiv des Senates und dem pecuniam credere eine besondere Bedeutung und mag wohl meine Auffassung bestätigen.

Wie erklärt sich nun diese Scheidung und die Beschränkung des Senates auf mutua pecunia data, da doch das Motiv einen allgemeineren Beschluß erwarten ließ?[3]) Ich erkläre dies aus der Beziehung der pecunia data zu allen anderen Geschäften, ich möchte sagen aus der ökonomischen Natur. Wer Geld in die Hände eines Hauskindes bringt, setzt dasselbe in den Stand, alle möglichen Schulden zu decken und alle möglichen Schulden zu contrahiren. Indem der Senat hierauf seinen Beschluß beschränkte, traf er also doch dasjenige Geschäft, welches mehr oder minder alle anderen Verkehrsbeziehungen vermittelt. Dazu kommt, daß das Contrahiren durch pecunia data nur in der Person des Gläubigers, nicht des Schuldners eine Schranke hat. Aus dieser ökonomischen Natur des pecuniam dare erhellt, theils wie groß die Versuchung gerade zu diesem Geschäfte ist, theils wie auch die Gefährdung des Hauskindes und des Vaters hier noch bestimmter hervortritt, als in den anderen Fällen des creditum. Weniger Gewicht lege ich auf einen anderen Unterschied jener

---

[3]) Donellus, XII. c. 24. § 14. schließt sich ganz an den pragmatischen Grund Justinian's in § 7 I. quod cum eo 4, 7. und bemerkt darnach: duas res causam dedisse senatusconsulto, luxuriam filiorumfamilias et periculum quod inde nascitur parentibus. — Hoc periculum duplex: unum existimationis, alterum vitae.

beiden Klassen, obwohl an ihn mitgedacht werden kann. Der Schuld eines Hauskindes ex emto, conducto u. s. w. entspricht meist eine Berechtigung des Vaters gegen den Gläubiger; ebenso wenn das Hauskind als socius, als Bürge, Mandatar, negotiorum gestor obligirt ist. Dies scheint nur Schwierigkeit zu machen, wenn durch stipulatio, literarum obligatio das Hauskind obligirt ist. Aber entweder ist die stipulatio nur die neue causa einer alten Schuld und dem Vater kann die der alten Schuld entsprechende Berechtigung nicht entzogen werden; [4]) oder die stipulatio besteht ohne materielle causa, sie wäre also Schenkungs halber vollzogen und darum ipso iure ungültig, oder wenn nicht donandi animo, wäre sie ope exceptionis (doli) ungültig. Ganz anders steht es bei dem Darlehen; hier kann der Vater niemals zu einer selbstständigen Berechtigung gegen den Gläubiger gelangen, es ist immer nur Verpflichtung möglich. Insoweit nun durch die anderen Contracte dem Vater ein Klagerecht erworben wird, lassen sie sich alle unter den Gesichtspunkt eines formalen in rem versum bringen; das ist bei dem Darlehen an sich nie der Fall.

Ist der Grund für diese Beschränkung des Senatusconsults in jener ökonomischen Natur der mutua pecunia data zu suchen, so erklärt sich leicht, warum nicht unterschieden wird, wer das Geld zahlte, ob das Geld auf Zinsen steht [5]) oder nicht und welche Bedingungen daneben überhaupt gestellt wurden.

Die Bestimmung des Senates „ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset actio daretur" ist nun näher zu besprechen. Der Senat verweigert die Klage aus einem Geschäft, das in einer Geldzahlung an ein Hauskind bestand. Darin sind

---

[4]) l. 23. 34 pr. D. de novatt. 46, 2.

[5]) l. 7. § 9 D. h. t. — l. 15 eod. Nihil interest, quis filiofamilias crediderit, utrum privatus an civitas; nam in civitate quoque senatusconsultum locum habere Divi Severus et Antoninus rescripserunt.

zwei Momente enthalten: Geldzahlung zum Zweck der Verpflichtung auf eine bestimmte Summe und zwar Geldzahlung an das Hauskind.

§ 15. Geldzahlung zum Zweck der Verpflichtung.

Ulpian sagt zwar: pecuniae datio perniciosa visa est. Aber darin allein, daß das Hauskind Geld auf die Hand bekommt, hat der Senat das Gefährliche nicht gesehen. Die Fassung des Senatusconsultes hätte sonst ganz anders lauten müssen; etwa placere ne pecunia numeretur. Erst so wäre der criminal-polizeiliche Zweck, der als leitender Gesichtspunkt des Senatusconsultes betrachtet wird, erreicht worden; die Wirkung des Beschlusses wäre dann freilich eine ganz andere geworden. Auch wer dem Hauskinde Geld schenkt, wer es zum Mandatar zum incasso macht, wer Geld giebt damit Etwas geschehe (do ut faciat), hätte nun gegen den Beschluß des Senates gehandelt. Nach Donellus[1]: „Ubi non acceperint, nihil erit quod consumant“ ist es auch unbegreiflich, warum der Senatsbeschluß nicht jeder Geldzahlung gelten soll. Das Mandat zum Incasso hätte auch schon dem Wortlaut des Senatusconsultes entsprochen: ne actio daretur (mandati adversus filiumfamilias); und es muß ja gleich sein, ob ich selber zahle oder zahlen lasse.

Also nicht jede Geldzahlung trifft der Senat, sondern nur diejenige, die den Uebergang des Eigenthums bezweckt: qui dedisset. Uebergang des Eigenthums am Geld ist nicht möglich, wenn nicht tradirt wird; sonach ist bei data pecunia zu denken an numerata pecunia. Der Senat hätte auch das Wort „numerare“ gebrauchen können, wenn dieses ein juristischer Begriff wäre und den Eigenthumsübergang andeutete. Umgekehrt

---

[1]) XII. c. 24. § 14. 18.

liegt im dare pecuniam das numerare. Hiernach ist das Mandat zum Incasso ausgeschlossen; die Zahlung zum Zweck der Schenkung oder ut aliquid fieret dagegen wäre darunter mitbegriffen.

Aber auch die Geldzahlung mit Eigenthumsübergang allein ist nicht, was der Senat meint; sondern nur eine solche Geldzahlung mit Eigenthumsübergang, die verpflichten soll auf Rückzahlung von Geld. Qui mutuam pecuniam dedisset. Damit ist die Zahlung ausgeschlossen donandi animo oder ut aliquid fieret; aber wenn das Mandat zum Incasso den Sinn hat, daß der Mandatar die Summe in rem suam, als Darlehen, behalte, so ist die Voraussetzung des Senatsbeschlusses vorhanden. Donellus[2]) ist hier anderer Ansicht, bloß deßhalb, weil damit „ad corrumpendum filiumfamilias" Nichts geschähe. „Si primo coeperit debere pecuniam ex alia causa, deinde convenerit ut eam retentam sibi mutuam haberet, placeat nihilominus eum pariter teneri, l. 3. § 3 D. h. t. l. 3 C. h. t. Atqui hac conventione posteriore pecunia mutua facta est, l. 15 D. de reb. cred. 12, 1. Sed non est data, et ideo cessat senatusconsultum. At enim, dicat aliquis, nihil interest, utrum dem tibi pecuniam, an meam quae apud te erat velim apud te esse, ut tua fiat aut fiat mutua, l. 9. § 9 D. de reb. cred. 12, 1. Dicendum est, nihil interesse ad dominium transferendum aut mutuum constituendum; ad sententiam autem scti i. e. ad corrumpendum filiumfamilias multum interest. Nam cui pecunia datur mutua, is accipit quod consumat. Hanc consumtionem impedire voluit senatus. At cui pecunia non datur, sed quae iam illius erat ei permittitur, hic nihil accipit quod possit consumere, nec magis habet ex hac conventione quam prius." Daß Donellus auch ein Eincassirungsmandat in rem suam vor

---

[2]) XII. c. 24. § 16.

Augen hat, beweist außer der allgemeinen Fassung „ex alia causa“ das Citat der l. 15 D. de reb. cred. und der l. 9. § 9 D. eod., in welcher letzteren Stelle der damit verwandte Fall eines Geld-Depositum vorliegt, das in ein Darlehen übergeht. In beiden Fällen aber ist „data pecunia“, wie Ulpian in l. 15 D. cit. wörtlich, in l. 9. § 9 D. cit. umschreibend sagt „animo coepit possidere“, nicht bloß mutua pecunia facta. Ganz anders liegt der Fall, den l. 3. § 3 D. h. t. und l. 3 C. h. t. bespricht: wo der Kaufpreis durch Stipulation versprochen wird — licet coeperit esse mutua[3]) pecunia —, da kommt ein Eigenthumswechsel nicht vor und ist auch nicht möglich, weil der Käufer den Kaufpreis schon im Eigenthum hat und ihm nicht gegeben werden kann, was er schon hat. Uebrigens ist der Unterschied von mutua pecunia facta und data nicht haltbar; das fieri ist nicht denkbar ohne datio d. h. ohne Eigenthumsübergang. Ob die Baarzahlung eine gegenwärtige ist oder der Besitz fremden Geldes durch einen späteren Akt in Eigenthum übergeht, begründet weder jenen Unterschied noch eine verschiedene Beurtheilung gegenüber dem Senatusconsult. Endlich würde jedenfalls das Mandat zum Incasso in rem suam und der verwandte Fall des Depositum als ein Act in fraudem legis unter das Senatusconsult fallen.

---

[3]) Hier ist der Ausdruck nur übertragen; die Klage, condictio certi, ist nun dieselbe als läge ein mutuum vor. Vgl. Savigny, System V. S. 532—535. Zu weit geht Savigny, wenn er auch hier eine „wahre Darlehensschuld“ annimmt, um zu beweisen, daß die Stipulation die Fiction eines Darlehens bezeichne. Die stipulirte Kaufsumme ist nur credita pecunia, wird aber juristisch behandelt wie mutuum: nur dies sagt Ulpian. Ich halte es für sehr bedenklich, mit Savigny S. 534. aus dem Sprüchwort „filio credi non licere“ den Beweis zu nehmen, daß die Stipulation gleich mutuum sei, weil sie dem creditum gleich stehe. Jenes Sprüchwort ist ja nur eine ungenaue Wiedergabe des Senatusconsultes; ungefähr wie wenn wir sagten: „dem Hauskinde dürfe nicht creditirt“ werden. Wie darf dies zur Beweisführung benutzt werden?

Nachdem ich die einzelnen Momente des Satzes „qui mutuam pecuniam dedisset“ dargelegt habe, bleibt nur übrig, diesen Satz im Ganzen noch zu betrachten. Object des mutuum kann Geld und jede andere fungible Sache sein. Der Senat hat also nicht das mutuum (mutuam rem) schlechthin meinen können, obwohl auch hier ein dare die Voraussetzung und eine Verpflichtung auf Geld in Folge der Sentenz die mögliche Folge ist. Jene Worte weisen auf eine Species des mutuum und sind also auf baares Geld zu beziehen.[4]) Nach der allgemeinen Regel aller Prohibitivgesetze, jeden Rechtsbegriff thatsächlich aufzufassen, folgt nun aber, daß die „mutua pecunia“ in diesem Falle nicht formell zu nehmen ist wie bei dem Realcontract des mutuum, sondern materiell. Mit anderen Worten, die „causa“ obligationis ist dem Senat gleichgültig. Die Voraussetzung ist nur, daß fremdes Geld in das Eigenthum des Hauskindes kam, um dasselbe auf Rückzahlung des gleichen Betrages zu verpflichten. Das ist möglich, auch ohne daß das Geschäft unter den formellen Gesichtspunkt des mutuum fällt; es wird dies nur der regelmäßige Fall sein. Weil die formelle „causa“ obligationis gleichgültig ist, so folgt daß die Art der Klage gegen das Hauskind nicht entscheidet. Allgemein heißt es: ne actio petitioque daretur. Es macht also keinen Unterschied, ob die Klage ist condictio certi ex mutuo, condictio certi ex stipulatione (lit. obl.), actio praescriptis verbis, actio depositi u. s. f., wenn nur der thatsächliche Grund der Obligatio („origo“) auf eine Uebertragung des Eigenthums am Gelde zurückzuführen ist. Diese Auffassung des Senatusconsultes wird noch bestätigt durch ein Rescript von Severus und Antoninus. Für die condictio certi ex stipulatione konnte Zweifel entstehen; sie ist gerade so

---

[4]) l. 7. § 3 D. h. t. — Sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri; ait enim senatus: mut. pec. ded. — Mit Recht bemerkt Donellus, XII. c. 24. § 18. daß sonst genügt hätte „uno verbo prohibere dari mutuum.“

beschaffen wie die condictio certi ex mutuo, mag nun thatsächlich ein dare vorgekommen sein oder nicht. Die Kaiser rescribiren nun:

l. 3 C. h. t. 4, 28. Si filiusfamilias aliquid mercatus pretium stipulanti venditori cum usurarum accessione spondeat,[5]) non esse locum senatusconsultum quo foenerare filiisfamilias est prohibitum nemini dubium est; origo enim potius obligationis, quam titulus actionis considerandus est.

Das heißt doch: dem Senatusconsult gegenüber ist der Name der Klage (also die „causa" obligationis) gleich, das thatsächliche Moment der Obligation entscheidet. Die Kaiser umschreiben den Satz des Senatusconsults: qui mutuam pecuniam dedisset. Daß so der Schlußsatz verstanden und nicht auf die nova actio bezogen werde, scheint mir die grammatische Auslegung zu fordern.

Die formale causa entscheidet also nicht über die Geltung des Senatusconsults. Auch wenn die Klage nicht die condictio

[5]) Wenn Donellus, XII. c. 24. § 16. auch hier ein „mutuum" sieht, so kann ich das nicht zugeben; auch Savigny, System V. S. 535. der dieses Rescript übersieht, trägt nur die Ansicht des Donellus vor. Ich kann hier nur eine Verwechselung des creditum mit mutuum finden, worauf an dieser Stelle nicht weiter einzugehen ist. Ob hierauf Huschke, Nexum S. 147. Note 205 und S. 167. Note 249. zielt? — Donellus erklärt nun: „Hinc est altera ratio, qua hoc posterius mutuum defenditur, originem scilicet potius obligationis in hoc mutuo quam titulum actionis considerandum esse. Titulum actionis vocant Imperatores nomen actionis novae quae de ea competit." Aber wenn credita pecunia noch nicht ist mutuum (l. 2. § 3. 5 D. de reb. cred. 12, 1.) so fällt diese ganze Erklärung. — Wie Donellus, auch Accursius ad l. 3. § 3 D. h. t. und Salicetus ad l. 3 C. cit. — Paulus de Castro allein erklärt meines Erachtens richtig: er sieht in stipulirter Kaufsumme kein mutuum, bezieht „titulus actionis" nicht auf die actio nova und versteht nun den Satz „origo — consid. est" nicht als Erklärung für die Geltung der cond. certi ex stipulatione, sondern als Paraphrase des „qui mutuam pec. ded." Als „Summa" giebt er: In alio contractu quam mutui non habet locum exc. scti Maced."

mutui ist, kann mithin das Senatusconsult zur Anwendung kommen. Dies trifft zu in folgenden Fällen:

a. Der Zahlung geht oft voraus oder folgt nach Stipulation (lit. obligatio [arcarium nomen] — Wechsel). Das Senatusconsult gilt, wenn nur an das Hauskind[6]) gezahlt wurde, obwohl die Klage nicht ist condictio mutui, sondern condictio certi ex stipulatione. Es scheinen zwar thatsächlich zwei Geschäfte vorzuliegen; aber die juristische Betrachtung kann doch nur ein einziges darin erkennen und zwar entscheiden die römischen Juristen für „una verborum obligatio.“[7]) Wurde versprochen in Erwartung der Zahlung, der Stipulator zahlt aber nicht, so würde der Promissor entweder die cond. causa data c. n. s. oder die exc. doli haben.[8]) Der Satz gilt iure communi; also würde das Hauskind in solchem Falle, wie der Hausvater, schon nach allgemeiner Regel nicht haften (ope exceptionis doli). Die nachfolgende Zahlung hebt die exc. doli für den Hausvater, die Stipulatio gilt (effectum habet), also auch für das Hauskind.[9]) Dies ändert das Senatusconsult: die nun ipso iure geltende Stipulatio wird exceptione senatusconsulti entkräftet. Nicht weil ein mutuum vorliegt im rechtlichen Sinne: denn es ist eben verb. obligatio vorhanden; sondern weil jedes Rechtsgeschäft, dessen klagbare Geltung auf dem Eigenthumsübergang am Gelde beruht, das Hauskind nicht mehr binden soll. — Folgt die Stipulation auf die Zahlung (credendi causa), so ist auch unus contractus verborum. Man könnte an Novation denken, aber es wäre dies werthlos, weil die Klage formell dieselbe bleibt. Ueberdies kann von der Stipulation novandi causa nichts an-

---

[6]) l. 3. § 4. l. 6 D. h. t.

[7]) S. Huschke, Nexum S. 25 und 106. Note 136.

[8]) l. 4 D. de cond. c. d. 12, 4. — Gaius IV. 116. 119.

[9]) l. 6 D. h. t. — quia expleta est numeratione substantia obligationis.

deres gelten, als von der Stipulation credendi causa; ein thatsächlicher Grund ist immer nothwendig. Also gilt auch die nachfolgende Stipulation novandi causa nur um der vorausgegangenen Zahlung willen. Sonach stehen sich die beiden Fälle ganz gleich. Es entscheiden hier also allgemeine Grundsätze, die nicht erst durch Interpretation des Senatusconsults gewonnen sind. Dies zeigen folgende Stellen:

l. 6. § 1 D. de novatt. 46, 2. Quum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit (Ulp.).

l. 7 eod. Quum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari; quia id agitur ut sola stipulatio teneat et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri. (Pompon.)

und

l. 126. § 2 D. de verb. obl. 45, 1. — Superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit; nam quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum recessum a naturali obligatione.[10]) (Paulus.)

Vergleicht man damit, was Scävola mit Bezug auf das sct. Macedonianum schreibt, so kann kein Zweifel sein, daß es sich hier um allgemeine Grundsätze handelt. Scävola schreibt in

[10]) Diese Schlußworte sind nur ein anderer Ausdruck für die Worte des Pomponius: „magis impl." rel.: es ist keine Novation. Die nachfolgende Stipulation, ohne Bezug auf die frühere Zahlung, wäre ope exc. ebenso ungültig, als die vorausgehende Stipulation ohne nachfolgende Zahlung.

l. 6. D. h. t. Contra etiam recte dicitur, si a patrefamilias stipulatus sis, credas postea filiofamilias facto, senatus potestatem exercendam, quia expleta est numeratione substantia obligationis.[11])

Wäre es bei der bloßen Stipulatio geblieben, auch nachdem der promissor wieder Hauskind geworden, so würde der promissor ope exceptionis doli nicht haften „quia non expleta est numeratione substantia obligationis"; ebenso wenn der promissor paterfamilias geblieben wäre; und ebenso wenn die Stipulation noch während der väterlichen Gewalt geschlossen wurde und nach Auflösung derselben Zahlung nicht erfolgte. Ohne Zahlung besteht zwar ipso iure für das Hauskind wie für den Hausvater die verborum obligatio, aber sie ist wirkungslos in Folge der exc. doli; durch die Zahlung erhält sie für das Hauskind wie für den Hausvater die Kraft wirksamer Klage. Nun setzen die Worte „ne actio daretur" voraus, daß iure communi die Klage Bestand hätte und nicht durch eine allgemeine exceptio entkräftet werden könnte: denn sonst ist das Hauskind gleich dem Hausvater schon „communi iure (mero iure) munitus." Folglich muß für die klagbare Geltung der promissio eines Hauskindes entscheiden, wann gezahlt wurde: denn erst damit ist communi iure wirksame Klage möglich und nun auch iure singulari „senatus potestas exercenda." Donellus und Savigny verstehen jene Stelle des Scävola ohne allen Bezug auf das commune ius. Es hängt dies damit zusammen, daß nach Donellus und Savigny bei „mutua pecunia" an den Realcontract des mutuum im formalen Sinne zu denken sei, die Klage also keine andere als die condictio mutui sein könne. Dies aber kann nicht zugegeben werden: der Senat hat keine bestimmte „causa" obligationis bezeichnet und keinen bestimmten „titulus actionis" ausgeschlossen. Warum schrieb er sonst nicht bestimmter: „ne cui

[11]) Vgl. l. 3. § 4 D. h. t. S. auch l. 47. § 1 D. de fideiuss. 46, 1.

qui mutuam pecuniam dedisset condictio mutui daretur"? Scävola bringt den Fall der promissio nur in die Lage, wo communi iure der Hausvater wie das Hauskind haften mußte; aus der bloßen promissio haften Beide exceptione doli nicht.

b. Die Worte „qui mutuam pecuniam dedisset" lassen kein andres Resultat, als daß nicht erst in Folge processualischer Regel, sondern zu Folge des Geschäftes die Verurtheilung, also die klagbare Verpflichtung nothwendig auf Geld gehe. Wenn das in den Worten gefunden werden muß und wenn es wahr ist, daß die „mutua pecunia" nicht in der bestimmten Gestalt des mutuum als eines Realcontractes gemeint sein könne, so folgt daß das Senatusconsult auch gelten muß, wenn das Geschäft mit einem Hauskinde auf „mutua pecunia" materiell gerichtet ist, obwohl es formell nicht als Gelddarlehen auftritt. So wenn das Geschäft als Verkauf erscheint, wenn Sachen als mutuum gegeben wurden, aber die Rückgabe in Geld bedungen wurde, gleichviel ob durch Stipulatio oder pactum adiectum. Die beiden Fälle sehen sich gleich; der Unterschied liegt im äußeren Hergang: dadurch wird die „causa" des Geschäftes und also die Klage eine andere. Wenn das Geschäft als Verkauf auftritt, ut rem venderes et pretioutereris, liegt ein Innominatcontract vor: das Hauskind, das in diesem Sinne die Sachen erhält, haftet, auch wenn es nicht verkauft und auch wenn es verkauft, aber das Geld nicht empfängt, mit der actio praescriptis verbis auf Zahlung der bedungenen Summe.[12]) Wenn es verkauft und der Käufer zahlt, so ist in Wahrheit „mutua pecunia facta d. h. data"[13]): ob dann cond. mutui Statt habe oder a. praescr. verbis konnte gefragt werden. Für das Senatusconsult kommt diese formale Frage nicht in Betracht. Mag bloß mit der a. praescr. verbis

---

[12]) l. 19. pr. D. praescr. verb. 19, 5. — Das Hauskind trägt ja auch die Gefahr l. 11. pr. D. de reb. cred. 12, 1.

[13]) l. 11. pr. D. de reb. cred. 12, 1.

geklagt werden können oder zweifelhaft sein, ob, weil wirklich der Kaufpreis gezahlt wurde, auch die condictio zulässig sei, in beiden Fällen gilt das Senatusconsult. Ein „dare“ liegt in beiden Fällen vor, zwar nicht data pecunia, aber das „dare“ (credendi causa) wird so verstanden, daß nur in Geld zurückgezahlt werde: damit tritt der Fall mit dem des Senatusconsultes im praktischen Resultat auf gleiche Linie. Ob nun verkauft wird, ob das Hauskind zum Genuß des Geldes nicht komme, weil es nicht verkauft oder weil der Käufer nicht zahlt, kann nicht kümmern. Entscheidet doch auch bei pecunia data nicht, ob das Hauskind zum Genuß nicht kam z. B. weil es das Geld verlor, weil ihm dasselbe gestohlen wurde. Daß das Hauskind durch die datio Eigenthum erwirbt und die Gefahr nun trägt, ferner daß die datio eine Verpflichtung auf Rückgabe in Geld begründet, das ist das juristisch Entscheidende. Von diesem Fall schreibt nun Ulpian ohne alle Unterscheidung:

l. 3. § 3 D. h. t. — Quod ita demum erit dicendum si non fraus senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.

Ich bemerke zu dieser Stelle nur noch: Ist die Sache nicht verkauft und noch im Besitz, so wird der Gläubiger gegen die exc. scti Maced. die replica doli haben und jedenfalls auf Herausgabe der Sache klagen können. Ist verkauft, aber der Kaufpreis nicht gezahlt, so wird der Gläubiger gegen die exc. scti die replica doli haben auf Prästation der actio venditi.

Im andern Fall, wenn ein Darlehen in Sachen gegeben, aber Rückgabe in Geld bedungen wurde, ist ein Darlehen von Anfang vorhanden (mutuum datum est): die condictio mutui unzweifelhaft. Aber die Geltung des Senatusconsults hängt davon ab, ob das mutuum an Sachen den Gebrauch derselben oder den Geldwerth derselben zum Zweck hatte. Ist der zweite

Zweck vorhanden, so gilt das Senatusconsult; ist der erste Zweck vorhanden, so gilt es nicht, auch wenn die Rückgabe in Geld bedungen wurde. Im letzteren Falle hätte die Verabredung nur den Zweck der Aestimirung und würde das „frumentum, vinum, oleum mutuum datum" meist unter den Gesichtspunkt des in rem patris versum fallen. So erkläre ich

l. 7. § 3 D. h. t. — sed si fraus sit senatusconsulto adhibita, puta frumento vel vino vel oleo mutuo dato, ut his distractis fructibus uteretur pecunia, subveniendum est filiofamilias. (Ulp.)

Auf den Erlös des Geldes kann es hier so wenig ankommen, wie im vorigen Fall bei der actio praescriptis verbis.

c.) Ebenso muß das Senatusconsult gelten, wenn Geld bei einem Hauskinde so deponirt worden, daß nur die gleiche Summe zurückgegeben werde. Die Klage würde hier die actio depositi sein.[14])

Den Fall unter c. erwähnt weder Ulpian noch Donellus; Beide aber müßten denselben, wie den Fall unter b., als in fraudem legis actum bezeichnen und darum gleich behandeln. Dabei fällt auf, warum nicht auch in den Fällen unter a. ein in fraudem agere gesehen wird: denn durch die Stipulation wird die condictio mutui eine cond. certi ex stipulatione, wie in den anderen Fällen ein andrer formaler Klaggrund entsteht. Aber mutua pecunia data ist vorhanden auch ohne mutuum und ohne daß die formalen Grundsätze des mutuum z. B. in Betreff der Zinsen gelten; sie ist überall da vorhanden, wo das Eigenthum am Geld und damit die Gefahr überging. So ergiebt sich nach der Regel über Interpretation von Prohibitivgesetzen das obige Resultat: die exceptio senatusconsulti hat das

---

[14]) l. 24 D. depositi 16, 3.

Hauskind nicht bloß gegen die condictio mutui, wie die Theorie allgemein lehrt,[15]) sondern auch gegen jede andre Klage, deren thatsächlicher Grund in der unmittelbaren oder mittelbaren Eigenthumsübertragung des Geldes liegt, mag die causa obligationis auch nicht die causa mutui sein. Dies Resultat entspricht der allgemeinen Fassung: Ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset actio petitioque daretur.

Zum Schluß erinnere ich nur noch einmal an die Worte Ulpians in l. 3. § 3 D. cit. — „et ideo etsi in creditum abii filiofamilias vel ex causa emtionis vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatusconsultum.“ Aus den Worten „vel ex alio contractu in quo pecuniam non numeravi“ ergiebt sich durch ein argumentum a contrario ohne allen Zwang: in quovis contractu in quo pecuniam numeravi (dandi credendive causa) non cessat senatusconsultum. Denn da ist mutua pecunia data vorhanden; und die formale causa obligationis ist gleichgültig, sagt Ulpian. So sind diese Worte Ulpians eine genaue Interpretation und bestätigen die Regel, daß bei Prohibitivgesetzen der Rechtsbegriff thatsächlich aufzufassen und also mutua pecunia nicht formell zu nehmen sei wie bei dem Realcontract des mutuum.

---

[15]) Z. B. Donellus, XII. c. 25. § 4. — Puchta § 306. Diese Beschränkung erklärt sich daraus, daß man bei mutua pecunia an die species mutui im formalen Sinne eines Realcontractes dachte. Deutlich erhellt dies aus Donellus, XII. c. 24. § 15. Tertium est in prohibitione scti, quod vetat non contrahi cum filiofamilias, sed filiofamilias mutuum dari. § 18. Quarto loco expendatur, sctum non vetare quodvis mutuum, sed tantum mutuam pecuniam. — Zu unbeschränkt wieder ist die Summa des Baldus zu l. 3 C. h. t. (S. 77.): „Si obligatio est licita in origine, est simpliciter licita in actibus consecutivis.“

§ 16. Geldzahlung an das Hauskind.

Der vorige Paragraph beschränkte sich auf die Worte des Senates „qui mutuam pecuniam dedisset." In diesem Paragraphen ist die Zahlung an das Hauskind näher zu betrachten. Es ergeben sich zwei Seiten der Betrachtung.

Erstens. Der Senat sagt: filiofamilias. Einem Prohibitivgesetz gegenüber darf wohl gefragt werden, ob dieser Ausdruck streng zu verstehen, oder ob und warum er allgemein zu nehmen sei. Der Grund des Donellus,[1]) daß „filiusfamilias" communi iure auch die filiafamilias und die nepotes in avi potestate u. s. w. bezeichne, scheint mir einem ius singulare gegenüber nicht auszureichen, ja nicht zu treffen. Wenn kein andrer Grund angegeben werden könnte, so müßte ich behaupten, daß der Ausdruck „filiusfamilias" streng und thatsächlich genommen werden müsse. Der Zweck des Senatusconsultes allein rechtfertigt es, daß der Ausdruck gleichwohl auf Alle bezogen wird, die in der väterlichen Gewalt stehen, ohne Unterschied des Geschlechts und des Grades. Dieser Zweck mit Rücksicht auf den Vater war: den Vater vor der actio de peculio zu schützen. Darin liegt: das allgemeine Wissen und der allgemeine Wille, der sonst den Vater de peculio haftbar macht, reicht bei Obligationen des Hauskindes aus mutua pecunia data nicht mehr aus. Es genügt, mit Ausnahme der merx peculiaris,[2]) also nur ein specieller Wille (iussus, Procura, wenn gleich diese generell gestellt werden können). Das Erforderniß des speciellen Willens ist nur da juristisch möglich, wo auch verweigert werden

---

[1]) XII. c. 24 § 8. 9. — Glück XIV. S. 308. geht über die Frage ganz hinweg und citirt l. 201 D. de verb. sign. 50, 16., würde also wie Donellus erklären.

[2]) § 11. S. 55.

kann. Folglich soweit Verweigerung juristisch von Einfluß wird, soweit auch greift das Senatusconsult. Aus diesem Grund muß der Ausdruck filiusfamilias auf Alle bezogen werden, die in väterlicher Gewalt stehen: denn soweit ist die Verweigerung von juristischem Effect. Gerade in dieser Beziehung auf Peculium und den speciellen Willen bringt Ulpian in l. 9. § 2 D. h. t. die Anwendung des Senatusconsultes auf Haustöchter (S. 58), und Julian in l. 14 D. h. t. auf Hausenkel u. s. w.: Dixi etiamsi verbis senatusconsulti filii continerentur, tamen et in persona nepotis idem servari debere; iussum autem huius patris non efficere, quominus contra senatusconsultum creditum existimaretur, quum ipse in ea causa esset ut pecuniam mutuam invito patre suo accipere non possit. Und in eben dem Zusammenhange finden wir auch in l. 6 C. h. t. 4, 28. die Ausdehnung auf nepotes: in l. 6 pr. schicken die Kaiser Philippus den Satz voraus, daß aus mutua pecunia data an den „Sohn" „actio de peculio efficaciter dirigi nequaquam potest." Darauf heißt es § 1: Quod sctí auxilium licet filiifamilias meminit, et ad nepotes et pronepotes porrigitur. Wir können nun auch so sagen: der Senat habe durch den Ausdruck „filiusfamilias" nur das Dasein der väterlichen Gewalt bezeichnen wollen. Denn soweit bestehen Peculiarbeziehungen und soweit ist Verweigerung resp. iussus im Gegensatz des gemeinrechtlichen Mandats möglich. Diese allgemeine Fassung giebt denn selbst der Senat: „ne cui, qui filiofamilias m. p. d., etiam post mortem parentis eius cuius in potestate fuisset actio petitioque daretur."[3]) Es folgt

[3]) Auch Donellus, XII. c. 24. § 9. hebt dies endlich hervor, um seine Begründung aus dem commune ius zu bestätigen „Non dixit senatus post mortem patris, sed parentis generaliter, ut intelligeremus filiifamilias appellationem referri ad omnem qui fuisset in potestate parentis cuiuscunque, ac non patris tantum ut huic pecuniam credere non liceat ex senatusconsulto."

daraus, daß der Wechsel der väterlichen Gewalt keinen Unterschied machen kann. Daher

l. 7. § 4 D. h. t. Si filius in alterius erat potestate quum mutua daretur, nunc in alterius, mens senatusconsulti non cessat; dabitur itaque exceptio.[4])

§ 17. Fortsetzung. Geldzahlung an das Hauskind.

Wichtiger ist die zweite Seite der Betrachtung, worauf die Worte qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset führen. Das Hauskind soll durch mutua pecunia data Schuldner geworden sein. Die Frage ist, in welcher Weise ist diese Schuld zu verstehen? Genügt es auch, wenn nur das Hauskind formell verpflichtet ist, materiell aber nicht? Formell nur verpflichtet ist, wer den Regreß gegen einen Anderen hat, sei es vor der Zahlung, sei es nach derselben. Materiell verpflichtet ist, wer keinen Regreß hat oder vielleicht selbst vom Regreß bedroht ist; dabei kann es nicht darauf ankommen, ob er principaliter oder accessorisch verpflichtet ist und wie er überhaupt formell, iure, verpflichtet gilt. Wer in diesem Sinne materiell verpflichtet ist, der ist thatsächlich allein obligirt und zahlt auf eigene Rechnung. Nach der Regel über Interpretation der Prohibitivgesetze kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Verpflichtung des Hauskindes materiell genommen werden müsse. Nicht jede Geldzahlung, die das Hauskind ver-

---

[4]) Savigny, System II. S. 85. bei der Frage über die Wirkungen der capitis deminutio bemerkt: „Zwar wird auch noch in vielen anderen Fällen erwähnt, daß nach der c. d. Schuldklagen fortdauern, — theils mit dem Zusatz, daß dagegen der Emancipirte die exc. scti Maced. haben solle; allein hier ist stets schon die prätorische Restitution mit hinzu zu denken, die ja ohnehin allgemein und unbedingt ertheilt wurde.“ S. noch oben S. 34. Note 5.

pflichten soll, fällt unter das Senatusconsult, sondern nur diejenige, aus welcher das Hauskind verpflichtet wird entweder so daß es ohne Regreß dastände oder so daß es den Regreß eines Andern zu erwarten hätte. Durch die Rücksicht des Senatusconsults auf den Vater muß dieser Satz auch für den Vater verstanden werden. Also wo die Schuld des Hauskindes materiell nicht als Schuld des Hausvaters gelten kann, da kommt ebenfalls das Senatusconsult zur Anwendung: denn dann ist das Hauskind materiell allein verpflichtet. Hieraus erklären sich die Ausnahmen, wenn ein in rem patris versum vorliegt, wenn sciente patre contrahirt wurde, wenn in gewissen Fällen de peculio wenigstens geklagt werden kann; ebenso aber auch, daß das Hauskind z. B. als institor eines extraneus die exceptio scti hat, wie der Vater desselben (s. oben § 8). Also wo aus einer Geldzahlung das Hauskind materiell allein verpflichtet wird, da treffen die Worte zu „qui filio mutuam pecuniam dedisset.“ Dabei muß es gleich sein, wie das Hauskind formell verpflichtet ist d. h. mit welcher Klage dasselbe haften müßte: ob als alleiniger Selbstschuldner, als Correus, als Bürge (ohne Regreß). Es muß auch ferner gleich sein, wer klagt, wenn nur der materielle Grund der Klage eine Geldzahlung an das Hauskind ist, so der Erbe des Gläubigers, der Correalgläubiger der nicht zahlte, oder wer auf Grund der Zahlung eines Andern sich stipulirte. Und da der „titulus actionis“ überhaupt gleichgültig ist, so kann es auch weiter nicht darauf ankommen, ob das Hauskind verklagt wird, oder ein Andrer, der den Regreß gegen das Hauskind nehmen würde, so der Vater, der Bürge, oder ein Andrer direct aus der Person des Hauskindes, so der Erbe. Alles dieses scheint mir eine Consequenz aus dem Princip zu sein, daß die Schuld als eine materiell eigene des Hauskindes verstanden werden müsse; wobei nur die Voraussetzung ist, daß diese Schuld durch Geldzahlung an das Hauskind entstand. Da aber gleichgültig ist, wer klagt und aus welcher juristischen causa, so kann auch im Fall einer activen

oder passiven Correalobligation nicht die Natur dieser Obligationsart, sondern nur jenes Princip über die Geltung und Nichtgeltung des Senatusconsults entscheiden. Ulpian hat nur gerade an dem Beispiele der Correalobligation und an dem damit verwandten Fall der Bürgschaft jenes Princip deutlich ausgesprochen. Nach Donellus und Glück, der sich ganz an ersteren anschließt, hat es den Schein, als ob hier die Natur der Correalobligation die Entscheidung an die Hand gäbe. Daß dem nicht so ist, wird sich ergeben, wenn wir alle hier möglichen Fälle unter die zwei allgemeinen Gesichtspunkte bringen. Hiernach ist entweder der Kläger ein Andrer als der welcher zahlte, oder der Beklagte ist ein Andrer als der welchem gezahlt wurde.

Erstens. Der Kläger ist ein Andrer als der welcher zahlte. Der einfachste Fall ist, als Kläger tritt auf der Erbe des Gläubigers. Hier ist es klar, daß die Klage kein selbstständiges Fundament hat und auf die Zahlung des Erblassers zurückgehen muß, wenn die Klage iure begründet sein soll. Aber es ist auch möglich, daß die Klage dessen, der nicht zahlte, eine eigene iure genügende causa obligationis hat: im Kläger ist ein selbstständiger formaler Obligationsgrund vorhanden, der materielle Zusammenhang des Klaggrundes mit dem Obligationsgrunde ist nicht, wie bei der Klage des Erben, die Voraussetzung für die formale Gültigkeit der Klage. Aber thatsächlich stellen sich die Fälle der zweiten Art doch dem ersten einfachen Fall ganz gleich. Denn die Klage dessen, der nicht zahlte, soll die Thatsache zur Seite haben, daß ein Andrer zahlte; ob dieser Andre selber das Klagrecht hat oder nicht, ist dabei ganz gleichgültig. Es entscheidet, daß, wenn er das Klagrecht hat, die Klage doch nur wirkt, weil er zahlte; und daß, wenn er das Klagrecht nicht hat, die Klage des Anderen auch nur wirkt, weil Jener zahlte. Ob der Kläger, der nicht zahlte, nun wußte, daß der Beklagte Hauskind zur Zeit des Contractes war oder nicht, kann ebenso wenig einen Unterschied machen, wie in dem Fall wenn der Erbe des Gläubigers

als Kläger auftritt. Es entscheidet allein, daß aus einer Geldzahlung an ein Hauskind geklagt wird: und hierin stehen sich die gedachten Fälle gleich, materiell, nicht formell. Ulpian stellt auch diese Fälle zusammen in

l. 7. § 6. 7. D. h. t. Non solum ei qui mutuam dedisset sed et successoribus eius deneganda est actio. § 7. Proinde et si alius mutuam dedit alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio licet hic non dederit. Sed et si alteruter eorum ignoravit in patris potestate esse se, verius dicendum est utrique nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi.

Donellus[1]) erklärt die Geltung des Senatusconsultes in den in § 7. vorausgesetzten Fällen aus der Natur der Correalobligation und verwirft den anderen von Glück wieder geltend gemachten Grund aus dem Wissen des einen Correalgläubigers. Wie Donellus so erklärt auch Glück die exceptio scti in diesem Falle daraus, daß wenn der Schuldner von dem einen Correalgläubiger befreit werde, er es auch von dem andern sei. Dabei setzt aber Donellus voraus, daß der zuerst klage, der wissentlich dem Hauskinde Geld zahlte. Zu dieser Voraussetzung giebt Ulpian keinen Anlaß. Nach Donellus müßte das Senatusconsult nicht gelten, wenn der Correalgläubiger zuerst klagt, der nicht zahlte oder von der Hauskindseigenschaft des Schuldners Nichts wußte. Aber gerade Ulpian sagt wieder ganz bestimmt, daß es nicht darauf ankomme, wer von Beiden die Hauskindseigenschaft

---

[1]) lib. XII. c. 26. § 8. — „non tam alteri nocet scientia unius, quam nocet coniunctio obligationis“ — „non contingere ex alterius rei credendi scientia, sed ei qui sciat esse filiumfamilias eum cum quo contrahit nocere scientiam suam, ut sic ab eo prius liberetur filiusfamilias. Ab hoc liberatum sic deinde consequi, ut propter coniunctionem obligationis liberetur quoque ab altero“ und ibid. § 10. — „Ut enim cum debitor ab uno ex duobus reis credendi liberatus est, simul liberatur ab utroque“ rel.

des Schuldners gekannt habe oder nicht. Und auch Donellus dürfte zu jener Consequenz nicht gelangen, wenn er an einer andern Stelle [2]) die Geltung des Senatusconsultes im Fall einer Correalobligation erklärt: „ambo numerasse ideo videntur quia in horum obligatione una res versatur.“ Diese Erklärung selbst aber halte ich für unrichtig. Nicht die Fiction der Zahlung führt zur Anwendbarkeit des Senatusconsultes; denn dann müßte auch gegen die Klage wegen stipulirter Kaufsumme die exc. scti Statt haben. Es findet aber überhaupt diese ganze Deduction aus der Natur der Correalobligation in den Worten Ulpians keine Unterstützung. Mit Unrecht versteht Donellus [3]) das Beispiel „si alius mutuam dedit alius stipulatus est“ von einer Correalobligation: wozu schrieb dann noch Ulpian „idem est et in duobus reis stipulandi“? Es sind darunter bestimmt zwei verschiedene Fälle zu verstehen. Für beide Fälle gleich muß gelten, daß nicht in Frage kommt, ob wer zahlte oder wer klagte von der Hauskindseigenschaft des Schuldners wußte. Es genügt, daß Einer es wußte und daß an das Hauskind gezahlt wurde. Wenn es nun gewiß ist, daß bei den Worten si alius mutuam dedit alius stipulatus est nicht an Correalgläubiger gedacht werden darf, so ist auch gewiß, daß die Erklärung des Donellus nicht Stich hält; und es bleibt nur die von mir gegebene Erklärung möglich.

Auf welche Fälle soll nun jener Satz „si alius mutuam stipulatus est“ bezogen werden? Die Glosse erklärt: „hoc quando

---

2) lib. XII. c. 25. § 7. Donellus erklärt den § 6. 7. Ulpians aus dem doppelten Sinn des dare: „dandi enim significatio duplex est: naturalis et civilis.“ — „Est et altera civilis, cum is qui naturaliter non numeravit iuris tamen interpretatione et ratione perinde habetur q u a s i d e d i s s e t.“ Ich halte es für unmöglich, dem Wort „dedisset“ im Senatusconsult diese zwiefache Bedeutung beizulegen.

3) lib. XII. c. 25. § 6. — „item alius qui sibi pecuniam reddi stipulatus est cum alius pecuniam dedisset, ut sic efficiantur duo rei credendi.“

ille qui fuit stipulatus ut procurator fecit; secus si iure delegationis.“ Nach den Worten Ulpians ließe sich auf das Eine so gut wie auf das Andere schließen. Aber der Stipulator kann doch nicht als bloßer Procurator, wenn gleich in rem suam, gedacht werden. Immer erschiene er doch nur als ein Procurator ad agendum, der in fremdem Namen, wenn auch für eigene Rechnung klagt. Ulpian zählt aber im Erben, in den Correalgläubigern Personen auf, die in eigenem Namen berechtigt sind und darum in eigenem Namen auch klagen. Dem entsprechend muß auch das Beispiel si alius mutuam dedit alius stipulatus est verstanden werden. Auch könnte, wenn der Stipulator nur als Procurator gedacht würde, das Wissen oder Nicht-Wissen des Procurators gar nicht in Betracht kommen und bloß das Wissen oder Nicht-Wissen dessen qui dedit entscheiden. Ulpian aber sagt: wer von Beiden gewußt habe oder nicht, sei gleich. Dies hat nur Sinn, wenn die Klage dessen, der nicht zahlte, einen formal-selbstständigen Obligationsgrund[4]) hat, also wenn er klagt im eigenen Namen (suum negotium gerit). Es scheint mir also nur möglich, den Fall der Delegation bei Ulpian zu verstehen. Die Stipulation geschah novandi animo: der das Darlehen zahlte, giebt die condictio mutui auf, der Stipulator als Delegatar gewinnt die condictio certi ex stipulatione. Von diesem Fall sagt Ulpian: auch wenn der, welcher zahlte, die Hauskindseigenschaft nicht kannte, der Delegatar aber kannte sie, so gilt das Senatusconsult „licet hic non dederit.“ Aber so tritt Ulpian in offenbaren Widerspruch mit Paulus:

l. 19 D. de novatt. 46, 2. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis

[4]) Der Stipulator als Procurator klagt zwar ex stipulatione, nicht ex mandato: aber die Stipulation hat nicht den Zweck, die Obligation des Mandanten zu heben, sondern nur den Procurator gegen das freie Revocationsrecht zu sichern. So ist nun zwar der Stipulator formell im eigenen Namen, materiell aber doch in fremdem Namen berechtigt (adstipulator).

delegatus est. Idemque est in ceteris similibus exceptionibus, imo et in ea quae ex senatusconsulto filiofamilias datur; nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo qui mutuam pecuniam contra senatusconsultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatusconsultum fit, tanto magis quod hic nec solutum repetere potest.

Der Widerspruch liegt deutlich in dem Satz: quia nihil in ea promissione contra senatusconsultum fit. Ulpian sagt: dabitur adversus eum (qui stipulatus est) exceptio licet hic non dederit.[5]) Die Glosse sucht den Widerspruch auf die oben angegebene Weise zu lösen. Die neueren Schriftsteller scheinen den Widerspruch nicht beachtet zu haben. Thöl[6]) citirt beide Stellen zum Beleg, daß den Delegatar Einreden aus der Schuld des Delegaten gegen den Deleganten nicht treffen. Sintenis[7]) bemerkt nur gelegentlich, es komme nicht darauf an, ob die Rückzahlung an den Darleiher oder einen Anderen verabredet worden: daraus erhellt nicht zur Genüge, wie Sintenis l. 7. § 7 D. h. t. cit. gegenüber von l. 19 D. cit. versteht.

Daß hier ein Widerspruch vorliegt, zeigt deutlich auch Folgendes. Paulus rechtfertigt seine Entscheidung: „Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est, aut etiam si sciat dissimulare debet ne curiosus videatur." Paulus sagt: ob der Delegatar es wüßte oder nicht, ihn trifft die Einrede nicht, welche der Delegat gegen den Deleganten gehabt hätte. Ulpian aber sagt: Sed et si alteruter ignoravit — utrique nocere. Das heißt doch unzweifelhaft:

---

[5]) Also quamvis in ea promissione nihil contra sctum fiat.

[6]) Handelsrecht, 1. Bd. 3. Aufl. S. 484 Note 3.

[7]) Civilrecht, II. S. 508. Note 38.

wußte es der Delegant nicht (qui mutuam dedit), aber der Delegatar (qui stipulatus est) oder umgekehrt, die exc. scti trifft in jedem Fall den Delegatar.

Wenn man den Versuch der Glosse und die Erklärung des Donellus, daß der qui mutuam dedit und qui stipulatus est Correalgläubiger seien, nicht billigen kann, so könnte eine Lösung des Widerspruches vielleicht in Folgendem gefunden werden. Paulus spräche von nachfolgender Delegation; Ulpian von einem Fall, wo das mutuum dare und das stipulari gleichzeitig geschieht z. B. der mutuo dans weist das Hauskind als Empfänger an, einem Dritten zu versprechen um diesem zu schenken. Die Stipulation träte hier nur als Form des mutuum auf. Mir scheint aber, daß diese Differenz in der Zeit juristisch ohne Einfluß sein muß; und nach Ulpian bleibt jedenfalls ganz unbestimmt, ob die Stipulation gleichzeitig oder später erfolgte. Auch für Paulus reicht der Grund „quia nihil in ea promissione contra sctum fit" nicht aus: er fügt den noch stärkeren Grund hinzu „tanto magis quod hic nec solutum repetere potest." Mit dem ersteren Grund stimmt natürlich auch Ulpian, daß in dem Geldversprechen eines Hauskindes keine Verletzung des Senatusconsultes liege. Darnach könnte Ulpian auch mit Paulus im Resultat übereinstimmen. Auf die Richtigkeit des zweiten Grundes kommt also Alles an. Paulus schließt so: das Hauskind kann seine Darlehensschuld bezahlen und zahlt kein indebitum; Delegation ist Novation, also solutio; darum muß auch das Hauskind als Delegat haften, weil die Stipulation, aus der es nun haftet, kein Geschäft contra sctum ist. Die Frage könnte sein, ob die Delegation als Novation dem Senatusconsult gegenüber schlechthin wie solutio wirkt. In dem Satz: solutum repeti non potest ist zwar auch die Zulässigkeit der Novation ausgesprochen; und darnach würde Paulus Recht haben. Aber ob nicht auch das solvere, wenn es vom Hauskinde noch erfolgt, materiell zu verstehen sei, wie das dare, so daß eben so wenig

als das dare im formalen Sinne (quasi dare) auch das solvere im formalen Sinne genügt, verdient doch gefragt zu werden. Die Consequenz der Paulinischen Entscheidung würde sein, daß nun der Vater des delegirten Hauskindes in jedem Falle de peculio haften müßte: die ursprüngliche Darlehensschuld des Hauskindes würde durch Novation also eine Peculiarschuld des Vaters, wie dasselbe dann auch bei Delictsschulden des Hauskindes gelten müßte.[8]) Diese Consequenz kann nun freilich nicht zugegeben werden; aber auf dem Unterschied des civiliter solvere und naturaliter solvere kann auch nicht der Widerspruch des Paulus mit Ulpian beruhen. Ich glaube, daß die Lösung in Folgendem liegt. Paulus fragt nur, ob der Haussohn gegen den Delegatar die exceptio habe. Ulpian beantwortet dieselbe Frage nicht bloß rücksichtlich des Hauskindes, sondern auch rücksichtlich des Hausvaters: hier ist kein Zweifel, daß die Novation die exc. nicht beseitigt und wenn der Sohn aus dem Peculium etwa

---

[8]) Zwar schreibt derselbe Ulpian in l. 3. § 10. 11. D. de pec. 15, 1.: wie ex compromisso, so hafte der Vater iudicati de peculio „etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati. Nam sicuti in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi.“ Die Analogie des iudicio contrahi zum stipulatione contrahi könnte verleiten, auch für die sogenannte novatio voluntaria dasselbe gelten zu lassen. Ich halte aber diesen Schluß für nicht zulässig. Davon abgesehen, daß von der sogenannten nov. necessaria nicht auf die voluntaria geschlossen werden darf, sowie daß der Klage, welchen Grund sie auch habe, das Hauskind sich nicht weigern kann, während die stipulatio novandi causa in seinem Belieben steht: so weist der Zusammenhang l. 3. § 5—12. auf die im Text behauptete Ansicht. Ulpian setzt als bekannt voraus, wann de peculio gehaftet werde, wann nicht, und giebt in diesen Paragraphen die Modification jener Regel an

a.) aus der Verbürgung des Sclaven haftet der Herr in der Regel nicht l. 3. § 5—7. l. 47. § 1; aus der Verbürgung des Hauskindes haftet der Vater stets l. 3. § 9.

b.) aus Compromiß des Sclaven haftet der Herr in keinem Fall, denn er würde auch nicht haften ex iudicato l. 3. § 8.

zahlt der Vater die condictio hat. Für den Sohn selbst aber gilt die Delegation, nur das sagt Paulus: und hierfür entscheidet, daß auch Zahlung gilt, nur nicht mit väterlichen Mitteln.

Der Fall der Correalobligation neben dem eben besprochenen macht keine Schwierigkeit. Es muß gleich sein, ob neben dem welcher zahlte, auch ein Andrer um der Form der Obligation willen die Klage hat. Es erscheint dies nur als das Minus neben dem Fall der Delegation. Auch hierfür gilt: si alteruter eorum ignoravit, utrique nocere. Die Klage dessen, welcher nicht zahlte, gilt nur, weil der Andre zahlte: der Unterschied von dem Fall der Delegation besteht nur darin, daß hier die formale Einheit der Obligation gehoben, während sie bei der Correalobligation erhalten ist.

---

c.) aus Compromiß des Hauskindes haftet der Vater in jedem Fall „etiam eius actionis nomine ex qua non potuit pater de peculio actionem pati", und ebenso ex iudicato l. 3. § 10. 11. Papinian erklärt zwar in § 10. die unbeschränkte Haftung ex compromisso: „quum ex stipulatu pater conveniatur." Aber die Haftung ex compromisso ruht im Grunde auf der Haftung ex iudicato; denn das Compromiß ersetzt den Rechtsweg, der nicht zu vermeiden ist: dies erhellt deutlich aus l. 3. § 8. (b.), vgl. l. 1. 3. § 1 D. de rec. 4, 8. Also darf Papinian's Grund nicht irre führen. Aus dieser Verbindung des compromissum mit dem iudicatum kann wohl geschlossen werden, daß dasselbe nicht gelten könne bei freiwilliger Novation von Delicts- und Darlehensschulden. Auch muß doch der Satz, daß das Hauskind die Obligation nicht noviren könne l. 25 D. de novatt. 46, 2, nicht bloß auf Forderungen, sondern auch auf seine Schulden bezogen werden können l. 34. pr. de novatt.: Gaius in l. 34. pr. beschränkt die Novation von peculiaria debita, „maxime si etiam meliorem suam conditionem faciant." Darnach kann es kein Zweifel sein, daß bei Novation von Delicts- und Darlehensschulden der Vater de peculio nicht haftet (S. 65). — Es bleibt nun aber noch die Frage übrig, ob l. 3 § 10. 11. auch von Darlehensschulden zu verstehen sei, ob also der Vater aus Compromiß und iudicatum des Hauskindes in solchem Falle de peculio hafte. Jedenfalls schrieb Ulpian nur in Bezug auf Delictsschulden, wie auch die Glosse versteht.

Dieselbe Regel, die für die eine Art der Fälle durchgeführt ist, zeigt sich auch wieder bei der anderen Art, zu der wir nun übergehen.

Zweitens. Der Beklagte ist ein Andrer als der welchem gezahlt wurde. Der Beklagte kann sein der Vater des Hauskindes dem gezahlt wurde, der Erbe des Hauskindes, der Bürge. Daß hier die exceptio Statt hat, macht keine Schwierigkeit. Der Beklagte kann auch sein ein andres Hauskind: zwei Hauskinder stehen in der Obligation als Correalschuldner. Hielt der Gläubiger nur den Einen der Correalschuldner für ein Hauskind, so entscheidet ob er diesem zahlte. Dürfte nach Donellus auf die Natur der Correalobligation gesehen werden, so müßte gleichgültig erscheinen, wem der Gläubiger zahlte.[9]) Denn die Obligation besteht doch nur zu Recht (ohne exc. doli) durch die datio: fordert der Gläubiger von dem Hauskinde zurück dem er nicht zahlte, so würde ihn die exc. doli treffen, wenn er nicht dem vermuthlichen Hausvater gezahlt hätte; und ebenso hätte die Wirksamkeit der Klage gegen das Hauskind die Zahlung an den Hausvater zur Voraussetzung. Aber die Obligirung der Hauskinder hat nicht beschränkt werden sollen; und ob die formelle Verpflichtung eines Hauskindes sich gründet auf die Zahlung an einen Anderen, gleichviel ob Hauskind oder Hausvater, kommt nicht in Frage. Daher

l. 13 D. h. t. Si quod alii mutuum dedimus, a filiofamilias novandi causa stipulamur, non esse impedimento senatusconsultum Iulianus scribit.

Ganz dieselbe thatsächliche Beziehung entscheidet, wenn das Hauskind mit einem Anderen Correalschuldner ist. Wie wir

---

[9]) Donellus, lib. XII. c. 26. § 9. 10., weiß daher die andre Entscheidung in l. 7. § 8 D. h. t. nur durch die Erklärung zu versöhnen, daß wo die Befreiung des einen Correalschuldners nur eine persönliche sei, sie dem andern nicht helfe.

sahen, daß das Resultat gleich ist im Fall der Delegation und activen Correalobligation, so ist es auch wieder gleich nach der entgegengesetzten Seite, wenn das Hauskind als Delegatus oder als der Eine der Correalschuldner belangt wird. Als Delegatus, als Correalschuldner verspricht das Hauskind das Darlehen zurückzuzahlen, als habe es dasselbe empfangen: aber diese Fiction (diese civilis dandi significatio) genügt nicht für die Geltung des Senatusconsultes. Daher schreibt Ulpian für den Fall der Correalobligation, wie Julian für den Fall der Delegation:

l. 7. § 8 D. h. t. Item si duos filiosfamilias accepero reos, sed alterum putavi patremfamilias, intererit ad quem pecunia pervenit: ut si eum scivi filiumfamilias ad quem pervenit pecunia, exceptione summovear, si ad eum quem ignorem non summovear.

Die Stelle giebt Veranlassung zur Unterscheidung folgender Fälle: a.) die beiden Correalschuldner sind Hauskinder und der Gläubiger wußte es von Beiden. Darüber schweigt Ulpian. Der, dem der Gläubiger nicht zahlte, müßte haften; aber er würde entweder eine Regreßklage haben oder durch die exc. doli sich die Cession erzwingen können. Also würde das andere Hauskind doch einstehen müssen; und darum ist auch dem anderen Hauskinde, dem nicht gezahlt wurde, die exceptio begründet, wie dem Bürgen, wie dem Vater wenn sie den Regreß nehmen könnten. Das Hauskind aber, dem nicht gezahlt wurde, hat stets den Regreß, weil es nicht schenken kann. Also wird in keinem Fall gehaftet.[10]) Dasselbe gilt aber auch, wenn neben dem Hauskinde, dem gezahlt wurde, ein Hausvater als Correus sich verpflichtet, vorausgesetzt nur, daß der Hausvater als Correus Regreß nehmen könnte. Daher

[10]) Donellus, XII. c. 26. § 9 ist andrer Ansicht: „De eo ad quem pecunia non pervenit, generaliter probandum est hunc perpetuo teneri.“ Donellus übersieht völlig die Regreßfrage.

l. 7. § 1 D. h. t. Idem ait, si duo reos accepero filiumfamilias et Titium, quum ad filiumfamilias esset perventura pecunia, ideo autem reum Titium acceperim ne quasi fideiussor auxilio senatusconsulti uteretur, utilem esse exceptionem adversus fraudem dandam.

Es kann nur von der exceptio in der Person des Titius die Rede sein. Als Bürge würde er die exceptio haben, wenn er Regreß nehmen dürfte; aber auch als Correalschuldner kann er in derselben Lage sein. Der Gläubiger wußte, daß dem Titius die gezahlte Summe weder ganz noch theilweise[11]) zu Gute kommen solle. Diesen sachlichen Zusammenhang deutet Ulpian an durch den Satz: „ideo autem — uteretur."

Also wurde an ein Hauskind gezahlt, so ist gleich ob der andre Correalschuldner ein Hauskind oder Hausvater ist, wenn nur der Hausvater regreßfähig ist; was das andre Hauskind, dem nicht gezahlt wurde, stets ist.

b.) Von den beiden Correalschuldnern durfte der Gläubiger den Einen als Hausvater denken und diesem zahlte er auch. Hier muß auch das Hauskind haften: si ad eum quem ignorem non summovear. Das Hauskind resp. sein Vater hat ja den Regreß. Aber auch der angebliche Hausvater könnte die exceptio nicht vorschützen in dem Vorgeben, er würde sonst durch Regreß sich erholen. Denn ihm wurde gezahlt; ob dies nun geschah, um dem Hauskinde zu Geld zu verhelfen, kann den Gläubiger nicht kümmern und kann er nicht wissen. Und wüßte es der Gläubiger, so müßte der angebliche Hausvater doch haften; es wäre sein Schaden, daß er an das Hauskind nicht regrediren kann. Also in jedem Fall wird gehaftet, wenn demjenigen von den Correalschuldnern gezahlt wurde, der Hausvater war oder so galt.

---

[11]) Der Fall der theilweisen Zahlung an das Hauskind und an einen Anderen beantwortet sich von selbst, vgl. l. 17. § 2 D. ad sct. Vell. 16, 1.

c.) Zahlte aber der Gläubiger an Denjenigen, den er noch als Hauskind weiß, während er den Anderen als Hausvater annimmt, so wird in keinem Fall gehaftet: si eum scivi filiumfamilias, ad quem pervenit pecunia, exceptione summovear. Das Resultat begründet sich wie unter a.

d.) Nur eine Combination ist es, wenn mehrere Correalgläubiger und mehrere Correalschuldner zusammentreffen. Von den Gläubigern zahlte Einer an ein Hauskind; der andere Correalschuldner mochte Hausvater sein oder so gelten oder selbst noch Hauskind sein, und von den Correalgläubigern mochte der Eine das wissen oder nicht: in keinem Falle wird gehaftet (Fall a. und c. in Verbindung mit l. 7. § 7 D. h. t. cit.). Einer der Gläubiger zahlte an Einen, der Hausvater war oder so galt. In jedem Fall wird gehaftet, auch wenn klagt, wer nicht zahlte, und gegen das Hauskind dem nicht gezahlt wurde. (Fall b. in Verbindung licet hic non dederit).

Es entscheidet also überall nur, ob an das Hauskind fremdes Geld gekommen. Gleich ist, unter welchem Titel gezahlt und das Hauskind verpflichtet wird, ob als alleiniger Schuldner, als Correalschuldner; verwandt dem letzten Fall ist der Fall, wo das Hauskind als Bürge fungirt, aber Zahlung erhielt. Hier ist dasselbe formell accessorisch obligirt, materiell aber doch allein obligirt: es wäre ein Bürge ohne Regreß. Daher Ulpian

l. 7. pr. D. h. t. Item si filiusfamilias fideiusserit, Neratius libro primo et secundo Responsorum cessare senatusconsultum ait. Idem Celsus; sed Iulianus adiicit, si color quaesitus sit ut filiusfamilias qui mutuam accepturus erat fideiuberet alio reo dato, fraudem scto factam nocere et dandam exceptionem tam filiofamilias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur.

Das entscheidende Moment dieser Stelle liegt weniger darin,

daß das Hauskind nicht haftet, als darin daß der Andre trotz des dolosen Verfahrens nicht haftet.[12]) Das Hauskind haftet nicht, weil ihm gezahlt wurde, also die Voraussetzung des Senatusconsultes erfüllt ist. Der Andere haftet nicht, weil ihm materiell die gezahlte Summe nicht zu Gute gekommen ist, er also den Regreß haben würde wie ein Bürge. Eben deßhalb hat er die exceptio. Umgekehrt könnte das Hauskind, wenn es verurtheilt werden könnte, zwar ipso iure regrediren, würde aber exceptione doli zurückgewiesen. Diesen Zusammenhang deutet Ulpian an in den Worten quoniam et fideiussori filii subveniatur.

So bestätigt sich auch hier die oft angezogene Regel über Interpretation von Prohibitivgesetzen. Wie die mutua pecunia data nicht formell im Sinne des Realcontractes des mutuum, so ist auch die Verpflichtung des Hauskindes daraus nicht formell zu nehmen, sondern nur materiell. So wenig es auf die formelle causa obligationis ankommt, so wenig kommt es darauf

[12]) Glück, XIV. S. 310. begnügt sich mit der Bemerkung, daß in solchem Falle in fraudem legis gehandelt sei. Gerade das „in fraudem legis" müßte auffordern, die „sententia scti" principiell zu entwickeln. Nicht klar ist mir, was Glück Note 91. über „alio reo dato" schreibt: „unter reus soll hier kein andrer als intercessor oder fideiussor verstanden werden." Auch Donellus, XII. c. 24. § 17. a. E. und c. 26. § 9. führt diese Stelle nur als ein Beispiel des in fraudem legis agere an, ohne weiteren Gebrauch davon zu machen. — Bekker, die processualische Consumption S. 198. Note 37. erklärt, daß für das Hauskind als Bürgen das Senatusconsult nicht gelte, aus der Natur der Bürgschaft, „weil der Klage des Gläubigers gegen den Bürgen stets der Anspruch an den Schuldner zu Grunde lag." Der Grund, sonst richtig, ist hier weder nöthig noch trifft er die Sache. Hier entscheidet allein die Interpretation des Senatusconsults; wie das Hauskind als Käufer die exc. scti nicht hat auch wenn es „pretium spopondit," so auch das Hauskind als Bürge: non numeratur. Der Grund Bekker's sagt aber auch mehr als er wollen kann: wenn der Anspruch an den Schuldner ex mutua pecunia data entstand, müßte nicht nach Bekker das Hauskind als Bürge die exc. haben?

an, wie das Hauskind haftet, ob allein, ob principaliter, ob accessorisch: das Senatusconsult gilt, wenn es haften müßte, ohne den Regreß zu haben oder wenn es vom Regreß bedroht wäre. Eben so ist gleich, wem es verpflichtet und wem es haften soll, wenn nur die Klage sich stützt auf Geldzahlung an das Hauskind: auch wenn ein Delegatar klagt, gilt dasselbe (gegen Paulus und gegen Thöl).

§ 18. Die exceptio senatusconsulti.

Der Senat beschloß „ne actio petitioque daretur." Ganz so lautet auch die Bestimmung des sct. Velleianum „ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur." Gleichwohl führt die Interpretation der römischen Juristen zu einem verschiedenen Resultat in Betreff der Wirkung jener Bestimmung: die Zahlung einer Schuld contra sct. Macedonianum soll nicht condicirt werden (naturalis obligatio manet), die Zahlung einer Schuld contra sct. Velleianum kann condicirt werden. Ulpian erklärt dies für das sct. Macedonianum „quoniam exonerare eos (filiumfamilias, fideiussorem, ceteros) lex noluit",[1]) für das sct. Velleianum: „mulier enim per senatusconsultum relevatur".[2]) Diese Erklärung kann sich offenbar nicht auf den Wortlaut der beiden Senatusconsulte stützen. Das verschiedene Resultat muß also anders woher seine Begründung erhalten. Bevor diese versucht werden kann, soll jene Bestimmung ohne Rücksicht auf die Frage über die naturalis obligatio betrachtet werden.

Die Fragen, denen wir hier begegnen, sind: ist in jenen Worten „ne actio — daretur" die Denegation der Klage, die

[1]) l. 9. § 3 D. h. t.

[2]) l. 8. § 5 D. ad sct. Vell. 16, 1.

Entkräftung derselben durch exceptio beschlossen, oder liegt darin ausgesprochen, daß die Obligation zuwider beiden Senatusconsulten ipso iure nicht bestehe? Diese drei Fragen stehen selbstständig neben einander; und es ist namentlich die erste Frage nicht identisch mit der dritten.[3]) Denn wenn auch die Klage denegirt d. h. die Litisconteststation gar nicht zugelassen würde, so bliebe noch immer die Frage, ob auch die naturalis obligatio ipso iure als gehoben gelte. Auch wer Denegation der Klage gleich stellt der Aufhebung der civilis obligatio ipso iure, hätte damit noch Nichts über die naturalis obligatio ausgesagt.

Daß nun nach jener Bestimmung die Obligation als ipso iure gehoben gelte, kann aus dem Wortlaut nicht erkannt werden. Die Redaction hätte ganz anders ausfallen müssen, wenn die Nichtigkeit der Obligation (ex mutua pecunia data oder ex fideiussionibus) sanctionirt werden sollte. Die Sanction hätte sich dann nicht gegen die Klage gerichtet, sondern gegen das Geschäft selber: dieses wäre damit durch eine Legalfiction für nicht vorhanden, für null erklärt. Nach analogen Fällen müßte dann erwartet werden: „ne mutua pecunia detur" oder „prohibere quominus mutua pecunia detur", wie die Fassung lautet im sct. Aemilianum;[4]) oder auch „ut irrita fiat mutuae pecuniae datio", wie es in dem sct. Hosidianum und Volusianum[5])

---

[3]) Wie Sintenis, Civilrecht I. S. 326. Note 43. wohl anzunehmen scheint.

[4]) l. 3 pr. D. de donatt. i. v. et u. 24, 1. — Aehnlich in der oratio Severi: „interdicam, ne — distrahant." l. 1. pr. § 2 D. de rebus eorum qui sub tut. 27, 9. Dazu Bachofen, ausgewählte Lehren. S. 128.

[5]) l. 52 D. de contr. emt. 18, 1. — Text bei Mommsen, Berichte über die Verhandlungen der K. Sächs. Ges. d. W. 4. Bd. 1852. S. 272—77: — „Cumque aeque non oportere(t) malo exemplo vendere quam emere, ut venditores quoque coercerentur qui scientes dolo malo intra hanc senatus voluntatem vendidissent, placere tales venditiones inritas fieri." Ueber den Inhalt dieser Senatusconsulte s. Bachofen a. a. O. S. 183—227. bes. S. 199.

heißt. Aus der Vergleichung der Redaction dieser Senatusconsulte mit der des sct. Macedonianum und Velleianum geht unzweifelhaft hervor, daß durch die letzteren nicht das Geschäft, also auch nicht die Obligation daraus für null erklärt werden sollte. Mithin ipso iure besteht die Obligation. Dies Resultat ist aber nur ein formelles: die einzige Consequenz ist, daß die Klage ipso iure Bestand habe und daß dieselbe nur durch eine exceptio entkräftet werden kann, aber auch muß. Die Vertheidigung in iudicio (exceptio im materiellen Sinne) reicht nicht aus, eben weil ipso iure das Geschäft und die Obligation gilt.

Hiermit sind die drei Fragen beantwortet. Andere erklären die Worte „ne actio daretur" anders. Donellus[6]) findet darin Denegation der Klage ausgesprochen d. h. Ausschluß der Litiscontestation, wenn die Sache in iure liquid ist, Entkräftung durch exceptio, wenn sie nicht liquid ist. Diese Erklärung wiederholt Sintenis,[7]) der noch bemerkt, daß Denegation der Klage in iure der seltenere Fall sei und daß in der Gewährung der exceptio allerdings ein ius singulare beruhe (quoniam exonerare eos lex voluit).[8]) Auch Bachofen[9]) findet darin, wenigstens für das sct. Velleianum, die Denegation der Klage ausgesprochen; dies sei die Praxis vor dem Senatusconsult. Durch dasselbe habe aber die Entkräftung durch exceptio den Vorzug erhalten. Jene frühere Praxis werde angedeutet durch den Satz „tametsi ante videtur ita ius dictum esse ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur." Nach dieser Erklärung fehlt es dem Senatusconsultum Velleianum an der bestimmten Sanction: es finden sich nur die Worte „ut in ea re

[6]) XII. c. 25. § 3.

[7]) Civilrecht, II. S. 508. Note 40. vgl. I. S. 326. Note 43.

[8]) Ulpian sagt aber gerade das Gegentheil, „non quoniam exon. eos lex voluit;" auch ist es auffällig, wie ein Gesetz nur den seltnen Fall trifft.

[9]) a. a. O. S. 14.

senatus voluntas servetur." Hiernach darf es kein Zweifel sein, daß, wenn auch in den Worten ne eo nomine rel. der früheren Praxis gedacht wird, dieselbe doch zugleich auch gegenwärtig bestätigt wird. Aber daß dann die Denegation der Klage in iure sanctionirt sei, kann ich nicht zugeben. Ich kann in jenen Worten der beiden Senatusconsulte nur finden, daß der Senat dem Gläubiger die Klage und überhaupt jeden anderen processualischen Weg (actio petitioque) gewehrt wissen wolle: der processualische Weg soll erfolglos bleiben. Ob durch Denegation, durch exceptio, durch replica, ist Sache des gerichtlichen Verfahrens und kann aus jenen Worten nicht erkannt werden. Nur soviel darf hieraus gefolgert werden, daß die Obligation ipso iure gelte und also auch die Klage ipso iure Bestand habe. Daraus folgt, daß die Vertheidigung des Beklagten in iure, also durch exceptio, geschehen müsse. Der iudex kann diese exceptio scti Macedoniani (oder Velleiani) nicht ex officio berücksichtigen.[10]) Steht die exceptio nicht in der Formel, so muß der iudex verurtheilen. Aber die Worte „ne actio daretur" sind materiell aufzufassen: die Wirkung der Klage, Execution, soll ausgeschlossen sein. So erkläre ich die Interpretation der römischen Juristen, daß beide Exceptionen auch noch in der Executionsinstanz, gegen die actio iudicati, vorgebracht werden können: „tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatusconsulti exceptione. Et ita Iulianus scribit in ipso filiofamilias exemplo mulieris intercedentis."[11]) Es läßt sich für diese sg. privilegirte Natur der exc. scti Macedoniani noch anführen, daß sonst, wenn die exceptio gegen die

---

[10]) Andrer Ansicht ist Sintenis, Civilr. II. S. 509. Note 40. weil nur so „der Zweck des Sct., Schutz der Väter gegen Gefahr, erreicht werden könne." — Die Ansicht im Text hat auch Glück, XIV. S. 347. 48.: nur von dem Erforderniß der Liquidät weiß das römische Recht Nichts.

[11]) l. 11 D. h. t. S. oben S. 17. Note 3. S. 18 und 65.

actio iudicati nicht noch geltend gemacht werden könnte, der Vater de peculio haften müßte: und eben dies soll durch das Senatusconsult ausgeschlossen werden. So folgt dann weiter, daß auch der Vater, wenn sein Hauskind condemnirt ist, doch gegen die actio iudicati de peculio die exceptio gebrauchen kann. Dasselbe muß auch gelten, wenn der Darlehensempfänger als Hausvater belangt wird; es müßte denn im Unterlassen der exceptio gegen die Schuldklage ein Verzicht liegen.[12]) Auch der verurtheilte Bürge hat noch die exceptio gegen die iudicati actio. Darüber kann nach dem Zusammenhang der l. 11. mit l. 9. § 3. 4. 5. l. 10 D. h. t: kein Zweifel sein. l. 9. § 3. hat als Subject den Bürgen rücksichtlich des Regresses; § 4. führt aus, daß die Bürgen solutum non repetunt, nur anhangsweise wird bemerkt, daß dies auch gelte beim Hauskinde selber. In § 5. und l. 10. wird dies zusammengefaßt und l. 11. angeschlossen: also ist in l. 11. der Bürge das Subject und das Hauskind: Beide können die condemnati sein und Beide „utentur exceptione.“ Ob durch condemnatio des Hauskindes der Bürge ipso iure liberirt sei, kann erst bei andrer Gelegenheit gefragt werden.

---

[12]) arg. l. 20 D. h. t. — Donellus, XII. c. 25. § 12. leugnet schlechthin und nimmt die privilegirte Natur der exceptio nur für das belangte Hauskind an. Auch die Glosse versteht so. Diese Beschränkung scheint ohne Grund. Wenn der Bürge die exceptio noch gegen die actio iudicati hat, warum nicht vielmehr der Darlehensempfänger, wenn er gleich erst als Hausvater belangt wird? Die Rücksicht auf den Vater ist dann freilich nicht mehr möglich; aber das ist doch auch nicht der einzige Grund des Senatusconsultes. Den privilegirten Charakter erklärt Donellus daraus, daß die exceptio nicht filiifamilias causa, sed in odium creditorum gegeben sei. Ich sehe nicht, wie hieraus, wenn der Gegensatz auch juristisch haltbar wäre, etwas gefolgert werden kann. Daß die exc. scti Vell. nicht in odium creditorum sei, bemerkt Donellus XII. c. 30. § 8. ausdrücklich; sie ist aber doch auch privilegirt! Der Gesichtspunkt des Verzichts, den Donellus hier hervorhebt, entscheidet nicht, s. auch Bachofen a. a. O. S. 39.

Es versteht sich, daß, wenn in iure schon Alles klar ist, der Prätor die Klage zurückweist: aber nur der Prätor oder wer die Jurisdictio hat, nicht der iudex kann über Denegation oder Exceptio entscheiden.[13]) Daraus folgt unzweifelhaft, daß die Obligation ipso iure bestehe. Die Frage ist nur die, ob im Fall vorgeschützter exceptio das Restiren einer naturalis obligatio auf die Art der exceptio zurückgeführt werden kann. Die naturalis obligatio würde auch restiren, wenn denegirt wurde. Dies schon macht bedenklich, diese Frage im Zusammenhang mit der exceptio zu behandeln; es soll daher dieser Punkt einstweilen bei Seite gelassen und in den nächstfolgenden Paragraphen die Zuständigkeit und der Wegfall der exceptio behandelt werden.

§ 19. Zuständigkeit der exceptio.

Die Voraussetzungen, unter welchen das Senatusconsult gilt, entscheiden auch für die Zuständigkeit der exceptio scti; jene Voraussetzungen sind in den früheren Paragraphen ausführlich dargestellt. Hier kommt es nur darauf an, auf Grund der früheren Auseinandersetzungen die Frage zu beantworten, wem die exceptio zustehe und welcher Art die exceptio sei.

Der Art nach gehört diese exceptio zu den rei cohaerentes und perpetuae. Daß sie rei cohaerens ist,[1]) muß wohl aus dem objectiven Grunde derselben erklärt werden, nämlich aus der Thatsache, daß mutua pecunia data ist. In der Gefährlichkeit dieses Geschäftes für Hauskinder liegt der Grund des Senatusconsultes. Wäre die exceptio eine personae cohaerens, also

---

[13]) Deutlich erhellt dies aus dem sct. Velleianum: „ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur."

[1]) l. 7. §. 1 D. de exceptt. 44, 1.

auf die Contrahenten beschränkt, so wäre das Senatusconsult nur illusorisch und das Hauskind hätte indirect doch haften müssen. — Daß die exceptio perpetua ist, folgt aus der prohibitiven Natur des Senatusconsultes.[2]) Daß das Geschäft zur Zeit der Vermögensunfähigkeit geschlossen wurde, erklärt allein weder den Charakter der exc. als einer perpetua[3]) noch als einer rei cohaerens, wie das sogenannte beneficium competentiae beweist.

Beides zusammen, der peremtorische und sachliche Character der exceptio, entscheidet wem die exceptio zustehe. Darnach kommt die exceptio zu auch dem Vater und dem Erben des Hauskindes, ebenso dem Hauskinde, wenn gleich dasselbe inzwischen Hausvater geworden ist; endlich auch dem Bürgen des Hauskindes, dem mandator, wenn diesem der Regreß gegen das Hauskind oder gegen dessen Vater resp. Erben offen stände. Mehr als diese Sätze enthalten auch die Quellen nicht; Ulpian[4]) stellt die Sache dar ohne weitere Unterscheidung und ohne Begründung. Die Neueren unterscheiden: die exceptio stehe bald nur dem Vater, nicht dem Empfänger, bald Beiden, bald keinem von Beiden zu.

Sie soll nur dem Vater zustehen, nicht dem Hauskinde (dem Empfänger)

---

[2]) l. 3 D. de exceptt. 44, 1. — Perpetuae atque peremtoriae sunt — et si quid contra leges senatusve consultum factum esse dicetur.

[3]) Wie Donellus, XII. c. 25. § 11. a. E. annimmt.

[4]) l. 7. § 10. l. 9. § 3. 4 D. h. t. — Mühlenbruch, Cession S. 444. erklärt den donandi animus als ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht auf die exceptio scti. Das scheint zuviel gesagt, weil der Verzicht auf die exc. scti nur dem Gläubiger gegenüber verstanden werden kann, da doch der animus donandi dem Schuldner gegenüber genügt. Die Voraussetzung ist übrigens, daß ein Darlehen contra sct. Maced. vorliege; denn sonst hat der Bürge die exc. nicht, auch wenn er den Regreß hat, wie der Schluß von l. 9. § 3 beweist. Das übersieht Girtanner, Bürgschaft S. 42. und zieht damit einen falschen Schluß.

a.) wenn das Hauskind ein castrense peculium hat.

b.) wenn das Hauskind als paterfamilias die Schuld anerkannt hat. So Arndts a. a. O., Vangerow a. a. O. — Glück a. a. O. S. 349—351. stellt dazu

c.) wenn sich das Hauskind lügenhaft für einen paterfamilias ausgab. Wenn ohne Vorlügen des Hauskindes der Gläubiger sonst gute Gründe hatte, dasselbe für einen Hausvater zu halten, so will Glück keinem von Beiden die exceptio gewähren. Arndts und Vangerow dagegen verwerfen mit Recht die Unterscheidung Glücks und versagen in beiden Fällen die exceptio. Alle drei stimmen jedoch wieder darin überein, daß die exceptio Keinem von Beiden zustehe, wenn das Hauskind zur Zeit des Contracts Soldat war. — Warum diese Fälle unter c. nicht dem Fall unter a. gleich behandelt werden, scheint mir doch auffällig. Aus welchem Grunde das Hauskind dem Hausvater juristisch gleichsteht, ob weil es ein castrense peculium wirklich inne hat oder als miles oder sonst ex iusta ratione, darf doch wohl für die juristische Beurtheilung keinen Unterschied machen. In allen diesen Fällen muß das Resultat erwartet werden, daß das Hauskind die exceptio nicht habe, also haften müsse, der Hausvater dagegen die exceptio nicht brauche, weil er rechtlich nicht haften kann. Der entscheidende Grund liegt doch wohl in Folgendem. Wo das Hauskind rechtlich einem Hausvater gleich steht, ist die unmittelbare Berechtigung[5] oder Verpflichtung des Hausvaters desselben iure unmöglich d. h. nach der Seite der Verpflichtung, die actio de peculio hat ipso iure nicht Statt, also ist die exceptio scti Macedoniani juristisch überflüssig. Wenn Glück, Vangerow, Arndts die exceptio dem Vater geben für den Fall, daß das Hauskind castrensisches Gut hat, dagegen versagen für den Fall,

[5]) Beispiel dafür ist, daß was der Haussohn occasione militiae erwirbt sein Eigen wird.

daß dasselbe ex iusta ratione[6]) oder als Soldat für einen paterfamilias galt, so scheint mir also Beides juristisch werthlos und ungenau, da dem Hausvater, wo er ipso iure nicht obligirt ist, weder eine exceptio erst gewährt noch verweigert zu werden braucht.

Die Unterscheidung ferner, daß dem Hausvater die exceptio zustehe, dem Darlehensempfänger nicht, wenn letzterer als Hausvater die Schuld anerkannt hat, läßt sich aus einem ähnlichen Grunde nicht rechtfertigen. Erfolgt die Anerkennung nach dem Tode des Vaters, so kann weder in dessen Person, noch in der Person seines Erben von der exceptio die Rede sein. Erfolgt die Anerkennung noch bei Lebzeiten des Vaters, so ist dies für den Vater ebenso gleichgültig wie die Aufnahme eines Darlehens durch das selbstständig gewordene Hauskind. Für beide Fälle muß gelten: die Darlehensschuld des Hauskindes kann durch dessen Anerkennung bei Lebzeiten oder nach dem Tode des Vaters nicht Schuld des Vaters d. h. nicht Peculiarschuld werden. Also ist der Vater ipso iure nicht obligirt, und die exceptio scti überflüssig.[7])

In den Quellen findet auch die Unterscheidung Glück's u. s. w. keinen Anhalt. Nach den Quellen kann das Resultat nur sein

---

[6]) So auch v. Savigny, System VII. S. 286. — Aber man muß doch wohl sagen: Wie die actio quod iussu u. s. w. voraussetzt, daß der Gläubiger mit dem Schuldner als Hauskind, also in Rücksicht auf dessen Hausvater, contrahirte, so hängt auch die Geltung der actio de peculio von demselben Erforderniß ab. Der Gläubiger muß wissen, daß er mit einem Hauskinde contrahirte, um die Haftung des Vaters rechtfertigen und erwarten zu können. Die actio institoria setzt ja auch voraus, daß der institor als institor contrahirte und der Gläubiger ihn als institor behandelte, s. auch Thöl, Handelsrecht 3. Aufl. § 27 b. Darum haftet der Vater, wenn sein Hauskind „publice“ als paterfamilias galt, de peculio ipso iure nicht, obwohl das Hauskind haftet. S. 63.

[7]) Vgl. auch Donellus, XII. c. 28. § 12. a. E. Die Frage rücksichtlich der Anerkennung kann erst weiter unten genauer erörtet werden.

1.) wenn das Geschäft contra sct. Macedonianum ist, so steht dem Hauskinde wie dessen Hausvater die exceptio zu;

2.) wenn das Geschäft nicht contra sct. Macedonianum ist, so hat das Hauskind in keinem Falle die exceptio. In Betreff des Vaters muß unterschieden werden, ob das Senatusconsult nicht gilt, weil das Geschäft volente vel etiam sciente patre entstand (§ 8—12.), oder weil das Hauskind juristisch dem Hausvater gleichsteht oder „publice" als Hausvater geachtet wurde (S. noch S. 29—31). Im ersten Falle hat auch der Vater die exceptio nicht; im zweiten und dritten Falle kann sie für den Vater nicht erst wegfallen, weil er ipso iure nicht obligirt ist. Der Satz daß eine exceptio wegfalle (cessat) hat nur da Sinn, wo die Obligation ipso iure besteht (wo der Schuldner ipso iure non liberatus est).[8])

Aus dem Vorigen hebe ich noch einen Punkt zur näheren Besprechung hervor, den Satz daß dem Bürgen, Mandator die exceptio scti versagt sei, wenn ihnen der Regreß verschlossen ist. Wir werden damit auf die Frage geführt, in welchen Fällen dem Bürgen die exceptio des Hauptschuldners gebühre. Es kann nicht die Absicht sein, diese Frage hier zu erledigen. Ich mache hier nur auf den Gegensatz des sct. Macedonianum und Velleianum aufmerksam. Der Bürge einer Frau, die contra sct. Velleianum intercedirte, soll die exceptio haben, auch wenn er den Regreß nicht hätte: „quia totam obligationem senatus improbat" erklärt Julianus.[9]) Darnach scheint es, als dürfe jene Frage beantwortet werden ohne Rücksicht darauf, ob Regreß zusteht oder nicht. Dies behauptet auch Bekker,[10]) der die Re-

[8]) Vgl. l. 8. § 3 D. de fideiuss. 46, 1. — An ergo condemnato reo exceptione (fideiussor) uti possit quaeritur; nam ipso iure non liberatur.

[9]) l. 16. § 1 D. ad sct. Vell. 16, 1. — Ebenso wenn ein Dritter für die Frau oder das Hauskind ein Pfand giebt, l. 2 D. quae res pignori 20, 3.

[10]) Die processualische Consumption. Berlin, 1853. S. 200 fgg.

greßfrage weder als Grund noch als Bedingung davon ansieht, daß der Bürge die Exceptionen des Schuldners erhielt. Er unterstützt diese Behauptung, die nicht für das Justinianische Recht gelten soll, vorzugsweise durch obige Stelle Julians. Ich glaube nicht, daß damit Bekker's Behauptung sich begründen läßt. Bekker übersieht den Grund Julian's, warum auch der regreßlose Bürge der Frau die exceptio scti Velleiani habe: quia totam obligationem senatus improbat. Julian sagt damit, daß die Obligation der intercedirenden Frau nicht einmal als naturalis obligatio gelte, also durchaus null sei, oder wie er in l. 8. § 12 D. ad sct. Vell. schreibt: die Frau ist „non obligata cum effectu.“[11]) Daß hiermit das Dasein einer naturalis obligatio verneint wird, zeigt Julian selbst am Schluß von § 12: „denique in Falcidia hoc aes alienum non imputabitur“ und in l. 1 § 17 D. ad l. Falc. Id quod natura hereditati debetur, — non esse computandum in hereditate quidam putant. Sed Iulianus et haec ex eventu augere patrimonium aut non augere existimat — ideoque et in restitutionem hereditatis venturum. Weil nun die Obligation der intercedirenden Frau nicht einmal als naturalis Wirkung hat, so fehlt der dafür bestellten Bürgschaft auch die letzte Voraussetzung für ihre Geltung, und folglich muß ein solcher Bürge die exceptio scti Velleiani haben, er mag regreßfähig sein oder nicht.[12]) Anders beim sct. Macedonianum. Das Hauskind ist naturaliter obligirt; die Bürgschaft dafür ist also rechtlich statthaft. Da nun das Hauskind, contra sct. Maced. obligirt, gegen die Klage durch exceptio sich schützen kann, so muß auch der regreßfähige Bürge die exceptio haben, weil sonst das Hauskind

[11]) Marcellus in l. 8. § 9 D. eod. umschreibt dasselbe mit inanis obligatio.

[12]) Vgl. auch l. 19. § 5 D. ad sct. Vell. und dazu Bachofen, ausgew. Lehren. S. 44—48.

indirect doch und damit auch der Vater haften müßte; anders beim regreßunfähigen Bürgen. Darin also, daß die Haftung des regreßunfähigen Bürgen dem sct. Velleianum gegenüber nicht möglich ist, weil nicht einmal eine naturalis obligatio vorhanden ist, daß dagegen der Bürge eines Hauskindes für die naturalis obligatio desselben sich verpflichtet hat, liegt der Grund zur verschiedenen Beantwortung derselben Frage; und eben das ist der Grund Julians.[13]) Mit dieser Erklärung stimmt im Wesentlichen Girtanner;[14]) er unterscheidet aber, ob die Exception nur den civilen oder auch den naturalen Bestandtheil der Obligation aufhebe und ob sie erst nach Eingehung der Bürgschaft begründet wurde oder nicht. Die letztere Unterscheidung finde ich in den Quellen nicht wieder und auch werthlos. Auch die erstere Unterscheidung kann ich nicht zugeben; es kann von der Art der exceptio rei cohaerens nicht abhängig gemacht werden, ob der Bürge sie brauchen könne. Denn ob naturalis obligatio übrig bleibe oder nicht, bestimmt sich nicht nach der exceptio, sondern nach anderen Gründen, wie ich später auszuführen versuchen werde. Ob nun, wie Girtanner thut, aus den zwei Beispielen der beiden Senatusconsulte eine allgemeine Regel gezogen werden dürfe, scheint mir doch dem ius singulare gegenüber sehr fraglich.

---

[13]) Anders erklärt die Glosse ad l. 16. § 1 cit., indem sie an den Gegensatz beim sct. Maced. erinnert: „quia si fideiussor qui pro filio intervenit animo donandi, non conveniretur sic nullus conveniretur. Sed hic licet fideiussori succurratur, restituitur actio creditori a lege in priorem debitorem.“ Diese Rücksicht, ob Jemand haften würde oder nicht, müßte auch rechtfertigen, daß der regreßfähige Bürge die exceptio nicht hätte: darum finde ich diese Erklärung nicht zutreffend. — Wenn Bekker seine Behauptung noch dadurch stützt, daß ja auch der regreßberechtigte Correus nicht immer die Einreden des Andern hatte, so übersieht er doch wohl, daß die Unterscheidung des principalen Correus und des accessorischen Correus (Bürgen) in der Beurtheilung derselben Frage zu einem verschiedenen Resultat führen konnte und mußte. Darauf deutet auch Bachofen, a. a. O. S. 34. Anmerk. 57; Ribbentrop, Correal-Obligationen S. 27. Note 5.

[14]) Bürgschaft, S. 41—44.

Girtanner meint, wo eine nat. obl. bleibt, sei der Regreß allein entscheidend, und umgekehrt. Das pactum de non petendo mit dem Schuldner hebt nun sicher auch die naturalis obligatio auf:[15]) gleichwohl hat der Bürge die exceptio pacti nur, wenn er den Regreß hat.[16]) Dies widerspricht durchaus der von Girtanner aus l. 16. § 1 D. ad sct. Vell. gewonnenen Regel. Nach dieser Regel müßte die exceptio pacti erwartet werden, auch wenn der Bürge den Regreß nicht hätte. Es muß aber doch wohl von Einfluß sein, ob der Gläubiger sich selbst durch ein pactum de non petendo das Klagrecht entzieht oder dieses ihm durch rechtliche Vorschrift (iure communi oder singulari) entzogen wird.[17]) Daß der Regreß allein nicht entscheide, beweisen die beiden Senatusconsulte; daß das Dasein einer naturalis obligatio allein nicht durchschlage, beweist die Vergleichung von l. 16. § 1 D. cit. mit l. 32 D. cit. Es scheint mir daher weder durch Girtanner noch durch Bekker die Frage erschöpft; uns kann hier nur der Gegensatz der beiden Senatusconsulte beschäftigen.

Die gegebene Erklärung bestätigt sich durch den schon oben (§ 12. S. 59.) berührten Ausspruch Julians, daß nach dem Tode des Hauskindes, dem contra senatusconsultum geliehen worden, ein Bürge nicht mehr gültig gegeben werde, weil ja nicht einmal eine naturalis obligatio mehr vorhanden sei und eine Erbschaft nicht existire, der die frühere naturalis obligatio

---

15) l. 95. § 4 D. de solut. 46, 3.

16) l. 32 D. de pactis 2, 14.

17) Donellus erklärt denn auch die exceptio des Bürgen beim sct. Macedonianum aus der allgemeinen Fassung des Senatusconsultes „ne cui actio petitioque daretur" und die Haftung des regreßunfähigen Bürgen aus dem Dasein der naturalis obligatio, ohne daraus eine Rechtsregel zu entnehmen, XII. c. 25. § 4. und § 10. — Auch die exceptio des Bürgen beim sct. Vell. erklärt Donellus nur aus dem ius singulare, aber wie ich glaube nicht befriedigend, s. XII. c. 30. § 4—6.

des Hauskindes angerechnet werden könnte. Die Schuld contra sct. kann ja auch nach dem Tode des Hauskindes nicht als Peculiarschuld des Hausvaters gelten, so daß dafür der Bürge verstanden werden dürfte. Darum ist es anders, wenn die Schuld nicht contra sct. Macedonianum ist und wenigstens de peculio geklagt werden kann. Diese Ausführung Julians ist Nichts als eine consequente Anwendung dessen, was er über den Bürgen der Frau geschrieben. Die Frau ist nie naturaliter obligirt; darum haftet der Bürge in keinem Falle. Die naturalis obligatio des Hauskindes hört mit dessen Tode auf; darum ist auch die Stellung eines Bürgen mortuo eo rechtlich unmöglich, also in jedem Falle unstatthaft. Hier stehen sich die beiden Senatusconsulte gleich. Donellus[18]) erwähnt wohl bei Gelegenheit dieser Frage auch jenen Ausspruch Julians, aber ohne die nun gegebene Beziehung mit dem Senatusconsultum Vell. zu verfolgen.

Es bleibt jetzt nur noch eine Frage übrig, die sonst nirgend erhoben wird, aber doch gestellt werden muß. Wird der Bürge des Hauskindes durch Litiscontestation des Letzteren ipso iure frei, wie iure communi jeder andere Bürge? Die Frage rechtfertigt sich aus dem Vorhergehenden. Wer für ein Hauskind, das contra sct. sich verpflichtete, Bürge wird, muß wissen daß dasselbe nur naturaliter verpflichtet ist. Es ist also iure singulari beim Hauskinde derselbe Zustand vorhanden, der sonst iure communi nur post litem contestatam eintritt. Nun konnte durch eine besondere Clausel die Bürgschaft auch gleich für die Zeit nach der Litiscontestation gestellt werden und es war diese

[18]) XII. c. 25. § 10. — Es verdient beachtet zu werden, daß die entscheidenden Stellen von Julian herrühren, meist aus demselben Buche, und daß darin immer die Erörterung der naturalis obligatio wiederkehrt. Von derselben Wichtigkeit ist, daß durch Julian der Begriff naturalis obligatio juristisch festgestellt wurde und daß er vor Allem die Frage untersuchte wann eine nat. obl. restire und was die Consequenzen seien.

Clausel auch allgemein üblich.[19]) Darin lag nicht bloß, daß der Bürge auf die exceptio rei in iudicium deductae resp. rei iudicatae für den Fall des iudicatum verzichte, sondern auch daß derselbe für die nach der Litiscontestation resp. nach der absolutorischen Sentenz restirende naturalis obligatio einstehen wolle. Da nun das Hauskind nur naturaliter obligirt ist, so kann durch die Litiscontestation Nichts geändert werden und der Bürge kann seine Nichthaftung nicht von daher geltend machen. Also haftet er fort, er müßte denn die exceptio scti gebrauchen können. Sonach würde die übliche Clausel der Parteien, der Bürge solle auch post litem contestatam, auch für die naturalis obligatio gelten, hier iure singulari ersetzt. Aber freilich lag es nicht immer so klar am Tage, ob mutua pecunia contra sctum gegeben sei oder nicht, m. a. W. ob eine civile oder nur eine naturale Obligation entstanden sei. Darnach scheint auch die unbedingte Annahme eines Verzichtes auf die exceptio rei in iudicium deductae u. s. w. doch bedenklich und die Frage unentschieden, also quaestio facti bleiben zu müssen. Daraus mag wohl das Schweigen der Quellen über diesen Punkt erklärt werden. Vielleicht darf aber doch eine Andeutung und auch Entscheidung dieser Frage in l. 11 D. h. t. gefunden werden. Der l. 11. gehen voraus die Worte: Quamquam autem solvendo non repetant (l. 9. § 5.), quia naturalis obligatio manet (l. 10.): tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur scti exceptione. Et ita Julianus scribit in ipso filiofamilias exemplo mulieris intercedentis. Daß auch dem Bürgen, wenn er belangt ist, die privilegirte Natur der exceptio zu Statten komme, glaube ich oben S. 105 ffg. nachgewiesen zu haben. Wir müssen aber auch weiter behaupten, daß der nicht belangte Bürge trotz der condemnatio des Hauskindes die exceptio scti noch gebrauchen könne und auch nöthig habe, da ihn die

---

[19]) l. 8. § 3 D. de fideiuss. 46, 1. vgl. l. 28. C. de fideiuss. 8, 41.

exc. rei iudicatae nicht befreit. Kann er die exc. scti nicht begründen, so haftet er also weil ihm die exc. rei iudicatae nicht gilt. Wenn bei „condemnati“ an Bürgen und Hauskind zu denken ist, so ist der Sinn der Stelle: die exc. ist privilegirt, mag condemnirt sein der Bürge oder das Hauskind. Dies kann nicht bloß heißen, daß der condemnirte Bürge u. s. w. die exc. scti noch habe; sondern auch: wenn das Hauskind condemnirt ist, so hat trotz der res iudicata auch der Bürge noch die exceptio scti, wenn er sie nur zu begründen vermag. Also: durch Litiscontestation des Gläubigers mit dem Hauptschuldner wird iure singulari der Bürge ipso iure nicht liberirt, er haftet noch fort, er müßte denn die exc. scti durchführen können.

Sollte aber auch der Grund, weßhalb der Bürge der Frau in jedem Fall die exc. sct. Vell. habe, der Bürge des Hauskindes contra sct. Maced. nur im Fall des Regresses, nicht zugegeben werden, so müßte sicher entscheiden die Rücksicht auf den Vater. Dieser würde, wenn der regreßfähige Bürge die exceptio nicht hätte, de peculio haften müssen. Nun soll aber gerade die Haftung de peculio durch das Senatusconsult ausgeschlossen werden; also müßte schon um des Vaters willen dem Bürgen die exceptio gegeben werden. Das wäre aber wieder nicht nöthig, wenn der Bürge regreßunfähig ist. Dem Fall des regreßunfähigen Bürgen steht übrigens vollkommen gleich folgender Fall. Wenn der Haussohn z. B. institor eines Dritten ist, so hat nicht bloß der Haussohn, sondern auch sein Hausvater die exceptio scti Macedoniani; der Dritte aber haftet und hat die exceptio nicht.[20]) Wenn es hiernach auch scheint, als ob für unsre Frage die Rücksicht auf die naturalis obligatio juristisch zurücktreten dürfte, so erweist sich dies doch als falsch. Denn die Haftung des Bürgen, wie des dominus institoris, setzt doch mindestens eine naturalis obligatio in der Person des Schuldners resp. institor voraus.

---

[20]) S. oben S. 33. 36.

Erst wo diese Haftung juristisch möglich ist, kann gefragt werden, ob der Bürge resp. dominus die exc. scti Maced. gebrauchen könne. So wenig nun der dominus diese exceptio hat, weil nach dem rechtlichen Verhältniß ihm der Regreß gegen den institor resp. dessen Vater juristisch unmöglich ist; so wenig der Bürge, wenn er irgendwie dieses Regresses sich begeben hat. Darnach scheint mir kein Zweifel, daß für das sct. Maced. im Gegensatz zum sct. Vell. die Zuständigkeit der exc. scti Maced. in der Person des Bürgen die zwei Bedingungen hat: Dasein der nat. obl. und Regreß. In wieweit dies iure communi auch gelte, gehört nicht hierher.

§ 20. Wegfall der exceptio aus späteren Gründen.

Die Geltung der exceptio scti Macedoniani hat zwei Voraussetzungen:

1.) daß mutua pecunia an ein Hauskind gezahlt wurde obligandi animo,

2.) daß es geschah ignorante patre und auch nicht in rem patris versum.

Unter diesen Voraussetzungen liegt eine obligatio contra sct. Macedonianum vor und die exceptio ist als perpetua begründet. Wenn nun doch um eines späteren Ereignisses willen die exceptio cessiren soll, so muß dies darin liegen, daß eine von den beiden Voraussetzungen nicht mehr zutrifft.

Die Thatsache der Zahlung kann nun nicht wieder aufgehoben werden: causae facti infirmari non possunt. Nur insofern der animus obligandi sich aufhebt durch den animus donandi (pactum de non petendo), kann mit der Wirkung der Zahlung auch die Zahlung selbst gehoben gelten. Hiervon ist aber hier nicht weiter zu sprechen, da in diesem Fall die obligatio gänzlich (ipso iure oder exceptione) wieder gelöst wird. Das

Cessiren der exc. scti Maced. hat aber nur da Sinn, wo die obligatio ex mutua pecunia data wenigstens naturaliter noch Bestand hatte.

Auch müssen wir hier von dem Fall absehen, daß das in rem versum der Zeit nach nicht mit der Aufnahme des Darlehens zusammenfällt. Wir haben oben (§ 9.) gesehen, daß, wenn das Senatusconsult wegen in rem versum nicht gilt, nicht die Zeit, sondern nur die Thatsache des versum entscheidet. So lange nun die Thatsache sich noch nicht entschieden hat,[1]) ist es auch noch unentschieden, ob eine obligatio contra sct. existire oder nicht. Mit der Entscheidung der Thatsache ist es nun wieder mindestens werthlos, anzuführen daß vor dem versum das Geschäft contra sct. war. Wo das Eine so gut möglich ist wie das Andre (Beides bedingt), ist Alles noch in suspenso: darum müssen wir das spätere versum hier außer Betracht lassen. Man kann nicht sagen, daß eine Voraussetzung der exc. nicht mehr zutreffe, sondern nur, daß sie nie vorhanden gewesen sei.

Der Grund, warum die begründete exceptio später cessirt, kann hiernach nur noch gefunden werden in einem späteren Akt des Darlehensempfängers (sei es als Hauskind, sei es als Hausvater) oder in einem späteren Akt des Hausvaters. Ich will diesen späteren Akt als Anerkennung bezeichnen. Die Fragen sind nun, welcher Art ist die Anerkennung, und welche Wirkung hat die Anerkennung des Darlehensempfängers für den Hausvater desselben, und welche Wirkung hat die Anerkennung des Hausvaters für den Darlehensempfänger. Dazu kommt drittens, was wirkt die Anerkennung des Einen oder Anderen für den Bürgen. Zur Erörterung dieser Fragen gehe ich in den folgenden Paragraphen über.

---

[1]) Obwohl animo vertendi beiderseits contrahirt wurde und in der Aufnahme allein noch kein versum lag.

§ 21. Fortsetzung. Anerkennung von Seiten des Darlehensempfängers.

Die Anerkennung des Schuldners kann erfolgen zur Zeit, da er noch Hauskind oder schon Hausvater ist. Beide Fälle müssen geschieden behandelt werden.

I.) Die Frage, ob der Schuldner als Hauskind noch wirksam anerkennen könne, läßt sich auch so ausdrücken, ob das Hauskind gültig auf die exc. scti verzichten könne. Für die rechte Beantwortung dieser Frage ist es wichtig sich zu erinnern, daß durch die Anerkennung von Seiten des Hauskindes die Schuld schlechterdings nicht zur väterlichen Schuld de peculio wird: noch immer trifft die eine Voraussetzung des Senatusconsultes zu, daß ignorante patre contrahirt wurde. Darnach ist solche Anerkennung rechtlich wirkungslos, Verzicht ausgeschlossen. Auch für den Bürgen würde der Verzicht des Hauskindes keine Folgen haben: denn der Bürge hat die exceptio aus dem Grunde, aus welchem sie der Vater hat, damit dieser nicht de peculio hafte. Die Richtigkeit dieser Entscheidung läßt sich an dem constitutum nachweisen; dieser Nachweis soll aber erst weiter unten geführt werden.

Die Anerkennung ist verstanden als formaler Akt zum Zweck klagbarer Verpflichtung als Constitutum, als Novation: die Verschiedenheit beider Anerkennungsformen lassen wir vorerst ganz außer Acht. Daß solche Anerkennung wirkungslos sei, kann deßhalb bezweifelt werden, weil ja die Zahlung des Hauskindes gilt und die condictio indebiti ausgeschlossen ist. Immerhin aber ist doch in der Zahlung einer Schuld eine Art von Anerkennung zu finden. Wir dürfen also sagen, daß durch die Anerkennung in Form der Zahlung die exceptio scti gültig gehoben und darum die condictio indebiti ausgeschlossen werde. Dieser Punkt ist jetzt näher zu betrachten; wir haben dann zunächst zu fragen, ob auch von der Novation, die der Zahlung ja

gleichgestellt wird, dasselbe gelten könne. Hier ist Gelegenheit, auf das constitutum zurückzukommen.

Der eben berührte Zweifel löst sich nun nicht durch die Bemerkung, daß die Zahlung gelte, weil eine naturalis obligatio noch vorhanden sei. Eine solche Antwort übersähe, daß der Ausschluß der condictio indebiti nur möglich ist, weil durch die Zahlung die exceptio scti gehoben wird. Es würde also dadurch die Frage umgangen. Auch bliebe bei jener Antwort unbegreiflich, warum auf Grund der naturalis obligatio formale Anerkennung z. B. durch Constitutum rechtlich unwirksam sein solle. Die Lösung kann nur gefunden werden in dem Unterschied der Zahlung und der Anerkennung durch Constitutum. Durch solche Anerkennung wird die bestehende obligatio weder gehoben, noch eine andere, sondern nur, wenn ich so sagen soll, perpetuirt. Aber eben das Obligirtsein wollte der Senat nicht: „ne actio petitioque daretur." Die Zahlung tilgt die Obligation, und deßhalb gilt sie obwohl in ihr eine Art Anerkennung immer sich ausspricht. Dem Unterschied, den ich hier hervorhebe, begegnen wir wieder beim sct. Velleianum: die Frau kann fremde Schulden zahlen (baar, durch Delegation), aber sie soll sich nicht deßhalb obligiren.[1]) Daß in diesem Unterschied auch die Lösung jenes Zweifels liegt, wird sich besonders bei der Novation und dem constitutum herausstellen.

Es ist bisher vorausgesetzt, daß das Ganze gezahlt werde. Wenn nun das Hauskind nur einen Theil zahlt, so wird Niemand zweifeln, daß für den Rest dem Hauskinde (auch wenn es inzwischen sui iuris geworden), wie dem Hausvater desselben und dem Bürgen die exceptio noch zustehe. Hier ist ein Zweifel gar nicht möglich, ob durch theilweise Zahlung[2]) die exceptio

[1]) l. 4. § 1. l. 8. § 5 D. ad sct. Vell. 16, 1. Zu den Bemerkungen im Text vergl. l. 49 § 1 D. de fideiuss.

[2]) l. 7. § 15 D. h. t. kommt hier nicht in Frage.

verloren gehe, da formale Anerkennung durch das Hauskind Nichts wirkt.

Die Frage ist nur noch, was wirkt die Zahlung? Weil durch Zahlung die naturalis obligatio getilgt wird, so wird nun der Bürge, wie der Vater nicht bloß ope exceptionis, sondern schon ipso iure frei. Indeß diese Liberirung ist doch nicht schlechthin gewiß. Das Hauskind hat kein eigenes Geld: also zahlt es entweder mit väterlichem Gelde (aus dem Peculium etwa) oder es zahlt mit fremdem Gelde. Im ersten Falle geht die Liberirung wieder zurück; Vater und Bürge haften wieder, aber sie haben die exceptio sctі. Im zweiten Falle nur bleibt die Liberirung in Kraft. Denn die Zahlung z. B. aus dem Peculium gilt für den Vater nicht, weil die Schuld contra sct. Maced. nicht das Peculium trifft: also condicirt er. Für das Hauskind freilich gilt die Zahlung auch aus dem Peculium, es kann nicht condiciren,[3]) wird aber doch nicht liberirt, so lange die condictio des Vaters noch zu erwarten steht. Zahlt aber das Hauskind mit fremden Gelde, das ihm z. B. dazu geschenkt oder das von ihm dazu geliehen wurde, so kann auch der Vater nicht condiciren. Im Fall der Schenkung entscheidet, daß Jeder fremde Schuld bezahlen kann, wie der Bürge des Hauskindes; im andern Falle, wenn das Hauskind erst borgte um die Schuld contra sct. zu decken, würde dem neuen Gläubiger zwar, der den Hergang wußte, die exceptio sct. entgegenstehen;[4]) aber der alte Gläubiger ist gültig befriedigt. Dies ist der Inhalt der vielbesprochenen Stelle Ulpians:

l. 9. § 1 D. h. t. Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Julianus, 1.) si quidem hac conditione

---

[3]) Weder proprio nomine, noch im Namen des Vaters, wenn es diesen z. B. beerbt hat, l. 26. § 9 D. de cond. indeb. 12, 6.

[4]) l. 7. § 14 D. h. t. Vergl. S. 40—42.

ei donata sit pecunia ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis; 2.) si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo si solverit condictionem patri ex omni eventu competere. (Ulp. lib. 29 ad Ed.)

Julian sagt, im Fall 1. ist keine wahre Schenkung, weil das Hauskind dadurch Nichts gewinnt, also auch der Vater nicht; das Hauskind verliert nur Nichts. Im Falle 2. gewinnt der Vater, die Summe kommt in's Peculium: und dann condicirt der Vater „ex omni eventu." Dem 1. Falle steht gleich, wenn das Hauskind borgt, um eine Schuld contra sctum zu decken: denn was das Kind contra sctum erwirbt, geht nicht in's Peculium, so wenig wie was ex delicto erworben oder so geschenkt wurde ut creditori solvat. Jenem Condictionsrecht des Vaters ex omni eventu im Fall 2. widerstreitet aber l. 14 D. de cond. indeb. 12, 6.

Si filiusfamilias contra senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obiicietur; sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam toties condictio datur quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset si dominium ad accipientem transiisset; in proposito autem non esse. Denique per errorem soluti contra senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem. (Ulp. l. 29. ad Ed.)

Der Widerstreit betrifft nur die Condiction im Fall der Consumtion. Im Fall, daß das Geld noch vorhanden ist, geben Beide die Vindication. Julian giebt nur auch in diesem Fall die Condiction, ähnlich wie die cond. furtiva zusteht auch wenn das gestohlene Gut noch vorhanden ist.[5]) Daß insofern auch Mar-

[5]) Gaius IV. 4. — Die Emendation Puchta's, Vorlesungen 2. Bd. 2. Aufl. S. 153, „vindicationem" statt „condictionem" in l. 9. § 1. cit. halte ich für eben so unnöthig als ungerechtfertigt.

cellus die condictio zulassen würde, darf wohl kein Zweifel sein; aber da ist die condictio überflüssig, weil Vindication möglich ist. Marcellus verneint nur für den Fall der Consumtion. Die Lösung des Widerspruchs kann nun nicht darin gesucht werden, daß man annimmt,[6]) Marcellus spreche von einem Consumiren bona fide, Julian vom Consumiren mala fide. Dieser Unterscheidung widerspricht „ex omni eventu.“ Marcellus macht im Fall der Consumtion einen ganz andern Grund geltend: quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset; in proposito autem non esse. Die Condiction, sagt Marcellus, setzt Eigenthumsübergang voraus. Dieser Eigenthumsübergang erfolgt iure, wenn der Geber Eigenthum hatte, oder durch Consumtion. Die Hingabe z. B. von Geld hat aber entweder 1.) den Zweck, den Empfänger zu verpflichten (ex qua actio esse potuisset) oder 2.) den Geber zu liberiren (in proposito autem non esse). Diese verschiedene causa dandi entscheidet für die Zulässigkeit der Condiction im Fall der Consumtion. Wird gegeben (fremdes Geld) um zu verpflichten, so entsteht mit der Consumtion die Obligation und nun ist condictio statthaft. Wird gegeben um zu liberiren, so tritt mit der Consumtion Befreiung ein und nun ist die condictio versagt: vor der Consumtion ist Vindication möglich. In dem Grund des Marcellus ist das allgemeine Dogma der römischen Juristen aus-

---

[6]) So die Glosse ad l. 9. § 2 h. t. und mit ihr spätere Juristen, darüber s. Glück, XIV. S. 318. 319; auch Donellus, XII. c. 28. § 14., Unterholzner, Schuldverhältnisse I. S. 149 n. — Julian meine also die cond. furtiva. Aber wenn in der Zahlung des Haussohnes aus dem Peculium Diebstahl läge, so wäre die cond. furt. nur gegen den Dieb, den Haussohn möglich. Der Gläubiger könnte nur als Hehler gelten; dieser aber haftet mit der a. furti, nicht mit der reipersecutorischen condictio, l. 6. D. de cond. furt. 13, 1. Die bona oder mala fides kann also nur für die actio furti in Betracht kommen.

gesprochen, das Julian selber mittheilt.[7]) Es scheint mir hiernach kein Zweifel, daß in Betreff der speciellen Frage, Rückzahlung eines creditum contra sctum mit väterlichem Gelde, Julian und Marcellus sich widersprechen, ohne daß dieser Widerspruch gelöst werden kann.[8]) Marcellus hat für sich das allgemeine Dogma rücksichtlich der Condictio; für Julian spricht das ius singulare des Senatusconsultes, wornach der Vater solche Schulden nicht zu tilgen braucht. Das ius singulare geht dem ius commune vor, ist Julians Grund. Ich schließe mich der Ansicht des Marcellus an, da ich es sehr bedenklich finde, eine Abänderung des allgemeinen Dogmas durch das ius singulare anzunehmen.

Der Zahlung des Hauskindes stelle ich zur Seite die Novation. Wie das Hauskind gültig zahlen kann ohne condiciren zu dürfen, so kann es gültig noviren, ohne von der exc. scti ferneren Gebrauch zu machen. Also kann es an seiner Statt einen anderen Schuldner stellen und an Stelle des alten Gläubigers einem neuen Gläubiger versprechen.[9]) Aber nur für das Haus-

---

[7]) l. 19. § 1 D. de reb. cred. 12, 1. — Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumta ea habet obligatum eum qui acceperit; item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit. Vgl. die ganz gleiche Entscheidung Ulpians in l. 14. § 8 D. de solut. 46, 3. Beziehung zu diesen Fragen hat auch l. 19 D. de fideiuss. 46, 1. (Jul.) — si vero extra causam peculii rel.

[8]) Die Annahme, Marcellus verneine nur die cond. ex mutuo, nicht die cond. sine causa, die Julian meine, scheint mir dem Text gegenüber unmöglich; so schlugen zur Lösung des Widerspruchs schon einige Glossatoren vor ad l. 9. § 2 h. t., unter Anderen später Glück a. a. O. S. 320, neuerdings Sintenis, Civilrecht II. S. 510. Note 43.

[9]) l. 19 D. de novatt. 46, 2. Doli exceptio quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est. Idemque est in ceteris similibus exceptionibus, imo et in ea quae ex scto filiofamilias datur; nam adversus creditorem cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra sctum dederat, non utetur exceptione quia nihil in ea promissione contra sctum fit tanto magis

kind gilt die Novation, also haftet es dem neuen Gläubiger ex stipulatu und der Regreßklage des delegirten Schuldners ex mandato. Für den Vater wirkt sie Nichts; er hat gegen die actio de peculio die exceptio scti, entsprechend der condictio wenn mit seinem Gelde gezahlt wurde und so lange noch nicht consumirt ist.

Gehen wir nun zur formalen Anerkennung zurück, so ist jetzt an dem constitutum nachzuweisen, daß auch in den Quellen die oben ausgesprochene Ansicht von der rechtlichen Unmöglichkeit solcher Anerkennung sich findet. Das Constitutum wirkt nicht wie Zahlung; nicht wie Novation, da es nicht causa obligationis ist. Also bleibt unverändert die obligatio und ihre causa. Es kann nun zwar eine nat. obl. constituirt werden, d. h. sie wird dadurch klagbar: in dem Constitutum einer solchen Obligation liegt der Verzicht auf die klaglose Verpflichtung. Dieser Verzicht kann aber vom Prätor da nicht angenommen werden, wo durch exceptio die Verpflichtung wirkungslos geworden. Dies könnte nur durch Novation geschehen; diese aber liegt nicht im Constitutum, weil durch pactum die causa obligationis nicht eine andere wird. So verstehe ich

> l. 3. § 1 D. de const. pec. 13, 5. Si quis autem constituerit quod iure civili debebat iure praetorio non debebat i. e. per exceptionem, an constituendo teneatur quaeritur. Et est verum ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est.

---

quod hic nec solutum repetere potest. Wächter, Württemberg. Privatrecht II. S. 487. Note 19. giebt auch dem Sohne die exceptio. Ich glaube aber, daß naturaliter solvere und civiliter solvere gleich stehen. Paulus in l. 19. cit. widerspricht Ulpian in l. 7. § 7 D. h. t.; über die Lösung dieses Widerstreites s. oben S. 90—96. — Weil die Novation für das Hauskind gilt, so wird der Bürge ipso iure frei; der Vater hat noch immer die Exceptio.

Die Stelle kann in Widerspruch gefunden werden mit dem Satz daß auch die naturalis obligatio constituirt werden kann.[10]) Die naturalis obligatio und diejenige, welcher eine exc. perpetua entgegensteht, sind formal sich gleich. Man muß also eine naturalis obligatio voraussetzen, die im Wege der Compensation exceptionsweise geltend gemacht werden könnte, ohne daß replica doli oder z. B. replica scti Maced. möglich ist. Nicht im Widerspruch damit steht l. 1. § 3 D. de const. pec. Sed si filiusfamilias constituerit, an teneatur quaeritur; sed puto verum et ipsum constituentem teneri et patrem de peculio. Denn dabei sind Obligationen vorauszusetzen, die nicht durch exceptio entkräftet werden können. Ist die Erklärung von l. 3. § 1. richtig, so folgt, daß die Anerkennung in Form des Constitutum Nichts wirkt, auch wenn der Darlehensempfänger als Hausvater con-

---

[10]) Auch die Glosse hält eine Erklärung für nöthig und bemerkt zu „exceptionem" sc. favorabilem quia ex ea datur etiam repetitio — secus si odiosa, ut in Maced. Eine Ausnahme soll sein „nisi filius iusto errore ductus constituat, ut in l. 20 D. ad sct. Maced." Aber l. 20. spricht vom paterfamilias und von Novation. Die Glosse fragt noch: „Sed si quis sciens se quis nullo modo teneri constituat? Resp. tenetur, quia donare videtur." Aber das Hauskind kann nicht schenken. Die Glosse erklärt also Nichts. Dagegen bemerkt die Glosse richtig zu „iuribus" i. e. iure civili naturali. Girtanner, Bürgschaft S. 59. bezieht die Stelle nur auf das constitutum debiti alieni, wozu kein Grund vorhanden scheint. Kuntze, die Obligation S. 202. ignorirt die Schwierigkeit dieser Stelle gänzlich und versteht die Stelle nicht, wenn er in den Worten „debita iuribus non est pecunia" die Wiederholung sieht von „quod iure praetorio non debebat." Pomponius sagt: das Constituiren macht keine Schuld „pecunia quae constituta est debita iuribus non est." Also ist das Constitutum weder prätorische Novation, wie Kuntze meint, noch (was er als ein Zweites ansieht) prätorische solutio. Nach Kuntze's Theorie ist es geradezu unbegreiflich, wie Pomponius so schreiben konnte. Dann ist das Constitutum Novation, wenn auch nur prätorische, d. h. Liberirung einerseits und Obligirung andrerseits: warum ist denn pecunia constituta nicht einmal iure honorario debita? Vgl. noch l. 11. § 1. l. 12. l. 24. 31 D. de pec. constit.

stituirt. Donellus[11]) läßt hier das Constitutum gelten und erklärt l. 3. § 1. cit.: „Quocirca ideo aequum est debitorem ob eas causa non teneri, quia iure naturali (er meint die exceptio) fit ne teneatur i. e. quia natura non obligatur. — Juribus i. e. — non modo non esse debitam iure naturali, quod constat propter exceptionem.“ Ich kann diese Erklärung nicht zugeben. Ulpian spricht doch ohne Unterschied, ob die exceptio eine nat. obl. übrig lasse oder nicht: durch ein Constitutum werde die exceptio nicht beseitigt (debita iuribus non est pecunia quae constituta est). Dies ist nur möglich, müssen wir gewiß ergänzen, in Folge einer Novation. Auf diesen Gegensatz scheint mir der Schluß der Stelle hinzuweisen.

Es ist jetzt noch kurz die Pfandbestellung des Hauskindes zu erwähnen. Dieselbe kann nicht gelten, mag die Schuld contra sctum sein oder nicht.[12]) Nur wenn der Haussohn als magister navis oder institor oder iussu patris das Darlehen aufgenommen hätte und gemäß der Procura, würde auch das Pfand gelten.[13]) Die ungültige Verpfändung, freilich noch nicht die obligatio, muß aber convalesciren, wenn der Haussohn den Vater beerbt.[14]) Der Zweifel, ob in der Pfandbestellung die Anerkennung der ganzen Schuld liege oder nicht, trifft nur den Fall, wenn der Schuldner als persona sui iuris ein Pfand giebt.

Das Resultat ist: die Anerkennung des Hauskindes ist nur möglich im Wege der Zahlung und was der Zahlung gleich steht.

---

[11]) XII. c. 28. § 8. im Widerspruch mit XII. c. 3. § 3. XIII. c. 22. § 2.

[12]) l. 7. § 2 D. h. t. — patris tamen res non tenebitur (in rem versum). Er müßte denn castrensisches Gut verpfänden.

[13]) l. 5. § 15. 16 D. de instit. 14, 3. — eius enim rei sequela est. — l. 4 C. h. t. 4, 28.

[14]) l. 7. § 2 D. h. t. — l. 4 C. h. t. 4, 28.

Formale Anerkennung als bloße Erneuerung oder Perpetuation der Schuld ist wirkungslos.[15]) Darum ist bei theilweiser Zahlung oder bei Stellung eines Pfandes, dessen Erlös die Schuld nicht deckt, ein Schluß auf den Rest nicht statthaft.

§ 22. Fortsetzung. Anerkennung von Seiten des Schuldners als Hausvater.

Daß die Anerkennung des Schuldners als Hausvater rechtlich wirke, könnte nach dem vorigen Paragraph als unzweifelhaft angesehen werden; auch die Unterscheidung, ob formale Anerkennung durch Constitutum und Novation oder Anerkennung durch Zahlung, Pfandbestellung, könnte unnöthig scheinen. Die Frage ist gleichwohl nicht so leicht zu erledigen; der Umstand, daß der Schuldner als Hausvater anerkennt, rechtfertigt noch nicht die Geltung jeglicher Anerkennung.

In den Quellen finden wir eine principielle Antwort nicht; nur einzelne Andeutungen, die überdies viel Zweifel lassen. Aus dem Digestentitel gehört hierher:

l. 7. § 16. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit sctum nec solutum repetere potest; (Ulp.)

l. 8. quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet. (Paul.)

l. 9 pr. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit dicendum erit, scti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. (Ulp.)

l. 20. Si is, cui dum in potestate patris esset mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus per ignorantiam facti novatione facta eam pecuniam expromisit,

---

[15]) Die Frage, ob nicht wenigstens eine eidliche Anerkennung wirke, hat weder für das römische noch für das heutige gemeine Recht Werth; darüber vgl. Glück, XIV. S. 313—16.

si petatur ex ea stipulatione in factum excipiendum erit. (Pompon.)

aus dem Titel des Codex:

l. 2. Zenodorus si — suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est. (Severus & Anton.)

In den Worten „alias agnovit debitum" scheint ein Princip angedeutet zu sein. Donellus[1]) giebt denn darauf hin jeder Art der Anerkennung rechtliche Wirkung: die Anerkennung kann bestehen

1.) in Zahlung,

2.) in Stellung eines Pfandes oder Bürgen,

3.) Novation, der das Constitutum gleichgestellt wird.

Er erklärt dies so: durch Novation und Constitutum werde eine nova obligatio contrahirt; in den anderen Fällen „quaecumque alia agnitio est debiti, semper saltem novum mutuum contrahetur." Die nova obligatio im Fall des constitutum muß nun nach römischem Recht doch bezweifelt werden. Die Erklärung des novum mutuum aber „nihil interest utrum pecunia detur alicui an ea quae apud eum erat pro data habeatur ab eo cuius fuit" trifft hier nicht zu. Das mutuum bestand schon; also ist ein „mutuum de integro contrahere" gar nicht erst noch nöthig. Nicht um den thatsächlichen Bestand des mutuum handelt es sich, sondern um die Beseitigung der exceptio. Die Frage ist: wann steht dem Schuldner als Hausvater die exceptio scti nicht zu, obwohl das Darlehen zur Zeit contrahirt wurde da er noch Hauskind war? Diese Frage hat Donellus umgangen.

[1]) XII. c. 28. § 3—8. — Ebenso Glück, XIV. S. 320 ffg. — Nach Franke, civil. Abhandlungen S. 127. ist das agnoscere „wohl nur auf das constitutum zu beziehen." Accursius denkt nur an Zahlung und Pfandbestellung.

Um diese Frage erschöpfend zu beantworten, müssen wir folgende Sätze festhalten. Durch die Anerkennung des Schuldners als Hausvater hört das Darlehen noch immer nicht auf ein creditum contra sctum Macedonianum zu sein: denn es ist noch immer wahr, daß ignorante patre die Schuld entstand. Insofern müssen wir behaupten, daß die Anerkennung auch jetzt noch Nichts wirkt, weder für den Schuldner noch für den Vater, noch für den Bürgen: die exceptio bleibt. Dadurch sind wir wieder auf die Unterscheidung der Arten der Anerkennung gewiesen, wie im vorigen Paragraphen; und es darf uns hiernach nicht zufällig scheinen, daß Ulpian und Pomponius nur von Zahlung, Pfandbestellung, Novation, die Kaiser von Novation und dem fraglichen „alias agnovit debitum" sprechen. Erst wenn wir auf die einzelnen Arten der Anerkennung sehen, wird es von entscheidender Wichtigkeit, daß der bestimmte Act der Anerkennung von dem Schuldner als Hausvater vorgenommen wurde: seine Vermögensfähigkeit macht rechtlich Zahlung, Pfandbestellung möglich, ihre Geltung ist gewiß. Aber eben so gewiß ist jetzt die Geltung der Novation; eine actio de peculio ist jetzt nicht weiter möglich, wie im Fall, wenn der Schuldner als Hauskind novirt. Sind diese allgemeinen Sätze richtig, so erhalten wir folgende Resultate:

A.) Die formale Anerkennung in Form des pactum, also das Constitutum beseitigt auch jetzt noch nicht die exceptio. Der Grund, weßhalb die formale Anerkennung des Hauskindes Nichts wirkt, ist auch jetzt noch vorhanden: er liegt nicht in der Eigenschaft des Hauskindes und hebt sich nicht in der Person des Hausvaters. Dieser Grund ist, daß durch pactum und darum durch Constitutum die exceptio nicht aufgehoben wird. Wäre dies, dann würde durch pactum Obligatio entstehen; so schrieb Pomponius, debita iuribus non est pecunia quae constituta est. Wir müssen also Anerkennungsarten suchen, die entweder die obligatio contra sctum tilgen oder eine selbst-

ständige Obligation begründen: und dies ist Zahlung, Pfandbestellung, Novation. Nur hierauf ist zu beziehen „alias agnovit debitum“, nicht auf das Constitutum.

B.) In Betreff der Zahlung beschäftigt uns hier nur der Fall theilweiser Zahlung. Ulpian in l. 7. § 16 cit. läßt Zweifel, ob auf den Rest die exc. scti noch gelte oder nicht: cessabit sctum nec solutum repetere potest. Unter den Neueren ist viel Streit;[2]) für mich ist es nach dem unter A. Gesagten gewiß, daß auf den Rest die exceptio noch zustehe. Dieser Ansicht ist auch Puchta, aber sein Grund ist ohne Bedeutung: „da in der That das Darlehen von der Beschaffenheit gewesen sein kann, daß es nur zum Theil sich rechtfertigen ließ;“ ingleichen Francke a. a. O., „weil sonst in theilweiser Zahlung ein stillschweigendes Constitutum gesehen werden müßte.“ Ich muß behaupten, auch wenn darin ein Constitutum läge, würde noch immer die exceptio bleiben. In einem Leipziger Programm[3]) wird die Zuständigkeit der exceptio auf den Rest daraus gerechtfertigt, daß der Vater wie das Hauskind als paterfamilias wohl verzichten könne; aber in theilweiser Zahlung könne kein Verzicht auf den Rest gefunden werden, weil der Verzicht strict zu interpretiren sei, besonders da wo die exceptio in odium creditoris gegeben sei. Der wahre Grund scheint mir auch dies nicht zu sein. — Die andere Ansicht, wornach die exceptio verweigert wird, hat schon die Glosse, Bartolus ist aber dagegen; der Gesichtspunkt ist „quasi approbaverit.“ Auch Donellus[4]) trägt sie vor: „Nam qui se dicit partem debiti solvere, hoc dicit se partem solvere eius quod totum debet, quia non est pars nisi totius.“ Glück a. a.

[2]) Die Literatur darüber bei Glück, XIV. S. 323—25.

[3]) In memoriam Kees 1844. Interpretatio fragmenti 7. § ult. D. 14, 6. de scto Maced. p. 5. 6.

[4]) XII. c. 28. § 5.

D. meint, es müsse doch wohl vom Schuldner als paterfamilias Dasselbe gelten, was vom Vater des Schuldners gelte, wenn derselbe die Schuld seines Sohnes zu bezahlen beginne, „quasi ratum habuerit.“ Diese Gleichstellung ist unmöglich:[5]) die Schuld ist contra sctum, weil sie ignorante patre entstand, und bleibt es, auch wenn der Sohn als Hausvater anerkennt. Die Anerkennung des Sohnes ist niemals Ratihabition. Diese Ansicht von Glück u. s. w. wäre vielleicht nicht entstanden, wenn wir die Ulpianische Stelle in l. 9. pr. nicht hätten: „usque ad pignoris quantitatem.“ In den Anfangsworten „Sed si“ glaubte man einen Gegensatz zu dem Vorigen annehmen zu müssen, und der Beschränkung „ad pignoris quantitatem“ mußte bei theilweiser Zahlung unbeschränkte Anerkennung entsprechen.[6]) Ich halte es für bedenklich, sowohl durch das „Sed si“ als durch die Beschränkung „ad pignoris quantitatem“ sich bestimmen zu lassen. Auch ist gegen die hier vertheidigte Ansicht angeführt worden, daß sich damit nicht vertrage: sctum cessabit nec solutum repetere potest. Aber die Ansicht der Gegner begründet sich dadurch eben so wenig, wie Glück meint. Sctum cessabit soll heißen „auf den Rest“, nec solutum repetere potest beziehe sich auf die Theilzahlung. Diese Scheidung ist nicht gerechtfertigt. Ich finde darin nur ausgesprochen: durch Zahlung tritt das Senatusconsult außer Kraft und Rückforderung ist ausgeschlossen „quia naturalis obligatio manet.“ Darnach kann aus dem Wortlaut der Stelle weder die eine noch die andere Ansicht sich begründen. Daß so jene Worte aber verstanden werden müssen, bestätigt wohl die Stelle des Paulus: quum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit repeti debet. Hätte der minor, der

---

[5]) S. auch das angeführte Programm p. 10. 11.

[6]) So auch Vangerow, Leitf. I. S. 520. — Donellus, XII c. 28 § 7. begreift nun freilich nicht, warum Ulpian dieselbe Frage anders entscheide, und weiß als letzten Grund nur die Regel: in dubio pro reo.

paterfamilias ist, selbst gezahlt, so könnte er nicht zurückfordern,[7]) gleichviel ob er per errorem zahlte, oder nicht. Die Zahlung des curator per ignorantiam hebt aber das sctum nicht auf: sctum non cessat; die exceptio bleibt und darum auch die condictio.[8])

Rücksichtlich der Pfandbestellung gilt dasselbe, was von theilweiser Zahlung: sctum cessat usque ad pignoris quantitatem. Soweit ist die exceptio gehoben. Der Grund ist nicht, wie Donellus a. a. O. § 7. bemerkt: qui dicit se pignus dare, dicit simpliciter se dare pro debito. — Et regula iuris facit, ut oratio accipienda sit pro debitore ac minimum deberi intelligatur;" auch nicht der des Voetius, den Glück adoptirt, daß in der Pfandgebung eine Protestation liege, die Schuld nicht weiter anzuerkennen. Auch die Erklärung des Programms p. 12: pignoris enim datio quodammodo vicem tenet solutionis" reicht mir nicht aus.[9]) Der wahre Grund ist, durch den contr. pignoraticius gewinnt der Gläubiger ein selbstständiges Recht und darnach bestimmt sich der Umfang dieses Rechtes, also usque ad pignoris quantitatem. Ein Mehreres kann der contr. pign. nicht gewähren; und für den nicht ge-

---

7) Es müßte denn Veranlassung zur in integrum restitutio sein.

8) Diese l. 8. wird von Allen als ein bedeutungsloses Einschiebsel betrachtet und darum zum Verständniß der l. 7. § 16. nicht benutzt, so z. B. von Vangerow; auch in dem angeführten Programm p. 8. 9., welches zur Erklärung der l. 7. § 16. auf § 15. zurückgeht; das bloße „cessabit sctum" daselbst erkläre sich „quum non necessarium videretur hunc solutionis (a patre) effectum ad partem iam solutam restringere." Das ist doch gesucht.

9) Pignus dare ist ein satisfacere, aber nicht solutionis loco, vgl. l. 9. § 3 D. de pign. act. 13, 7. — Dasselbe müßte dann auch gelten, wenn der Schuldner einen Bürgen stellt und wenn ein Dritter ein Pfand giebt, l. 2 D. quae res pignori 20, 3. Donellus c. 28 § 6. ist auch consequent genug, in diesem Falle ebenfalls die exceptio zu verweigern; ihm folgt Glück. Das kann nun gewiß nicht zugegeben werden.

deckten Theil der Schuld kann die exceptio durch ein pactum nicht gehoben werden, so wenig wie bei theilweiser Zahlung. Also nicht wegen Analogie gilt dasselbe, sondern obwohl Analogie nicht besteht.

Es bleibt nur noch Novation übrig. Diese wirkt wie Zahlung; die exceptio scti wird gehoben, auch wenn der Schuldner per ignorantiam facti novirte. Denn das sctum cessat nec solutum repeti potest, auch wenn der Schuldner per errorem zahlte. Aber gegen die actio ex stipulatu soll der Schuldner in diesem Falle doch eine exc. in factum haben. Hier zeigt sich, daß Novation zwar juristisch, aber nicht factisch solutio ist; darum wird wohl die exc. scti beseitigt, aber nicht die exc. in factum.[10]) Die Novation ist doch immer nur formale Anerkennung und nicht als Anerkennung, sondern nur als solutio beseitigt die Novation die exceptio scti. Ruht nun die Anerkennung auf einem error facti, so kann gegen die actio ex stipulatu noch dieser error facti excipirt werden. Dies sagt Pomponius in l. 20. Es kann daraus wohl ein sicherer Schluß gemacht werden auf die Anerkennung als pactum, constitutum: das pactum ist nicht solutio und nicht obligatio. So glaube ich auch indirect bewiesen zu haben, daß durch die Anerkennung die exceptio scti nicht gehoben wird, ohne Unterschied ob der Schuldner als Hauskind oder als Hausvater anerkennt. Von der Wahrheit dieses Satzes hängt das Verständniß obiger Stelle ab.

Zum Schluß ist noch zu fragen, welche Wirkung die Anerkennung des Schuldners als Hausvater für den Bürgen und den Vater habe. Donellus giebt die allgemeine Antwort: „cessat

---

[10]) Donellus c. 28 § 9. giebt auch die exc. doli. Aber es kann doch nicht dolus genannt werden, wenn man fordert was man credendi animo gegeben. Die exc. scti ist durch Novation gehoben; also bleibt nur eine exc. in factum.

sctum, sed adversus eum duntaxat; ceteris eius agnitio non nocet, ut patri et fideiussoribus.[11]) Das ist nicht genau, eine allgemeine Antwort läßt sich nicht geben. Durch formale Anerkennung (Constitutum) verliert auch der Schuldner die exc. nicht; bei theilweiser Zahlung und bei Pfandbestellung behält er sie für den nicht gedeckten Theil, also auch der Vater und Bürge. Im Fall der Novation aber wird der Bürge frei nach bekanntem Grundsatz, der Vater wird ipso iure frei, weil Schulden seines Kindes aus der Zeit da es sui iuris war, ihn nicht berühren. Die exc. scti ist hier also überflüssig.

§ 23. Fortsetzung. Anerkennung von Seiten des Vaters des Schuldners.

Die Anerkennung von Seiten des Vaters des Schuldners ist ganz anders zu beurtheilen rücksichtlich der Geltung und der Wirkung, als die von Seiten des Schuldners. Die obligatio ist contra sctum Macedonianum, weil sie ignorante (invito) patre entstand; sie ist es nicht mehr, wenn der Vater hinterdrein die Schuld anerkennt. Durch ihn ist Ratihabition rechtlich möglich, weil von ihm die rechtliche Geltung des Contractes abhängt (totus contractus a patre videbitur comprobatus). Diese

[11]) Donellus eod. § 11. erklärt dies, weil die exc. Beiden erworben sei und durch eine Handlung des Sohnes nicht entzogen werden könne, nach l. 62 D. de pact. 2, 14. Das ist wohl richtig; aber die Anerkennung als solche wirkt Nichts, auch für den Sohn, darum läßt sich auch nicht sagen: ceteris non nocet. — Ob Donellus auf l. 62. sich berufen könne, scheint mir doch fraglich. Der Jurist spricht von der exc. pacti de non petendo, wodurch auch die naturalis obligatio aufgehoben wird. Damit fehlt für die Bürgschaft die rechtliche Möglichkeit. Auch steht mit l. 62 im Widerspruch Paulus in l. 27 § 2 D. de pact. — Eadem ratione contingit ne fideiussoribus prius pactum prosit.

Ratihabition bedarf keiner Form, wie es auch keiner Form bedarf, damit die obligatio nicht als contra sctum entstehe. Schon sciente patre entsteht eine klagbare Obligation; also genügt auch die nachfolgende Genehmigung des Vaters ohne alle Form, mithin pactum, constitutum. Und im Beginn der Zahlung liegt also Anerkennung der Schuld und zwar der ganzen Schuld.[1])

l. 7. § 15 D. h. t. Hoc amplius cessabit sctum, si pater solvere coepit quod filiusfamilias mutuum sumserit, quasi ratum habuerit.

Ob aus den Worten cessabit sctum ohne den Zusatz des § 16: „nec sol. rep. pot." geschlossen werden kann, daß die Anerkennung der ganzen Schuld gemeint sei,[2]) bezweifle ich. Ich kann es nur auf die im Vorigen angegebene Weise erklären. Um die exceptio scti auszuschließen, ist es nicht nöthig, daß der Vater zahle oder novire, sondern es genügt schon jede Art der Anerkennung (ratum habere).[3])

Die Wirkung der Anerkennung des Vaters ist, daß der Haussohn wie der Bürge die exceptio scti einbüßen. Donellus müßte auch hier behaupten, daß die Anerkennung des Vaters wenigstens dem Bürgen nicht schaden könne. Er erklärt dies aber hier richtig so[4]): „nam huius ratihabitio retrotracta ad initium mutui facit ut nec videatur his ab initio exceptio quaesita. Non enim quaesita esset, si ab initio res gesta esset voluntate patris." Man kann wohl sagen: der Bürge wie das Hauskind habe die exceptio unter der Bedingung, wenn die Darlehensschuld nicht als väterliche Schuld sich aufweise. Erfüllt sich die Bedingung — erfolgt die Ratihabition —, so ist die exceptio ihnen zu

---

[1]) Aehnlich Donellus, XII. c. 28. § 11. 12. — c. 27. § 11.

[2]) So in dem angeführten Programm p. 9. 10.

[3]) l. 7. pr. C. h. t.

[4]) eod. c. 28. § 12.

keiner Zeit erworben gewesen. Also weiß der Bürge, daß seine Haftung ganz in den Händen des Vaters des Schuldners liegt.[5])

§ 24. Die naturalis obligatio.

Die Schuld contra sctum Macedonianum ist eine naturalis obligatio, schreiben die römischen Juristen; die Schuld contra sctum Velleianum ist es nicht. Wie auffällig dieses verschiedene Resultat bei gleichem Wortlaut der Bestimmung sei „ne actio petitioque daretur", wurde schon oben § 18. bemerkt. Dieser Punkt ist jetzt noch zu untersuchen.

Die Fragen sind:

1.) erklärt sich dies aus dem Charakter der exceptio scti Maced. und Vell., da aus dem Text des Senatusconsultes sich Nichts entnehmen läßt?

2.) entsteht beim sct. Maced. nur eine naturalis obligatio, oder eine civilis et naturalis obligatio so daß sich also das Dasein der naturalis obligatio für sich erst später entscheidet?

Zur ersten Frage. Aus beiden Senatusconsulten ist nur soviel zu ersehen, daß ipso iure die Obligation gilt (§ 18). Damit haben wir die Nothwendigkeit der exceptio, aber Nichts weiter. Daraus daß ipso iure eine Obligatio nicht gilt, folgt noch nicht, daß auch der naturale Bestandtheil derselben noch gelte oder nicht mehr gelte: die Obligation des Sclaven besteht ipso iure nicht, aber die naturalis obligatio gilt. Durch Litiscontestation mit dem Hauptschuldner wird der Bürge ipso iure frei und bleibt auch nicht naturaliter obligirt. Ebenso ist daraus, daß eine Obligatio ope exceptionis nicht besteht, weder auf die

---

5) Eine gleiche Entscheidung gibt Paulus in l. 56 § 2 D. de fideiuss. 46, 1. Si nummos alienos quasi tuos dederis sine stipulatione, nec fideiussorem teneri Pomponius ait. Quid ergo si consumtis nummis nascatur condictio? Puto fideiussorem obligatum fore; in omnem enim causam acceptus videtur quae ex ea numeratione nasci potest.

Existenz noch auf die Nichtexistenz einer naturalis obligatio zu schließen. Bei der exc. pacti de non petendo in rem bleibt keine nat. obl. zurück; bei der exc. pacti de non petendo in personam wird weder die civilis noch die naturalis obligatio berührt. Bei der exc. rei iudicatae bleibt nach der einen Ansicht eine nat. obl. noch zurück; daß bei der exc. iurisiurandi auch die nat. obl. nicht mehr bestehe, ist allgemein zugegeben.[1]) Dasselbe bezeugen die Exceptionen der beiden Senatusconsulte. Also das Dasein einer naturalis obligatio und die Nichtexistenz derselben ist gleich möglich, mag ipso iure oder ope exceptionis die Obligation nicht mehr bestehen. Darnach muß es sehr fraglich sein, ob das Restiren einer naturalis obligatio von der exceptio abhängig gemacht werden darf. Gleichwohl finden wir schon bei den römischen Juristen den Versuch, jene Frage principiell zu beantworten nach dem verschiedenen Charakter der Exceptionen. Unsere Juristen bekennen sich zu demselben Dogma; die Erklärung ist nur eine ganz andere. Diese Versuche sind jetzt zu prüfen.

Die römischen Juristen hatten das Dogma: wem eine exceptio perpetua zustehe, der könne die Zahlung condiciren.[2]) Dieses Dogma zeigte sich aber falsch z. B. bei der exc. rei in iudicium deductae und rei iudicatae: die Condictio hat nicht Statt.[3]) Ebenso unrichtig zeigt es sich gegenüber der exceptio scti Macedoniani. Den Grund des Dogmas konnte man in dem Wesen der exc. perpetua suchen wollen, wiewohl Bedenken hätte erregen müssen, daß auch wo ipso iure die Obligatio nicht besteht Zahlung rechtlich bald gilt bald nicht. Auch

---

[1]) Vgl. l. 42. pr. D. de iureiur. 12, 2. Dabei ist daran zu erinnern, wie gern man iusiurandum und res iudicata auf eine Linie stellt.

[2]) l. 34. § 11 D. de solut. 46, 3. (Julianus). — l. 26. § 3 D. de cond. indeb. 12, 6. (Ulp.)

[3]) l. 60. pr. D. de cond. indeb. 12, 6. (Paulus. Julianus.)

den Grund der Ausnahme konnte man also in einem Unterschied der exce. perpetuae zu finden meinen. So schreiben denn

Pomponius in l. 19 pr. D. cond. indeb. 12, 6. Si poenae causa eius cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet; et ideo solutum repeti non potest.

und

Marcianus in l. 40. pr. D. eod. Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetuum; nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest ut accidit in scto de intercessionibus; ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias factus solverit, non repetit.

und hiernach wohl Ulpianus in

l. 9. § 4 D. h. t. Et hi tamen qui pro filiofamilias sine voluntate patris eius intercesserunt, solvendo non repetant — hoc enim et D. Hadrianus constituit, et potest dici non repetituros, — atquin perpetua exceptione tuti sunt. Sed et ipse filius et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.

Wenn man den Text des sct. Maced. vergleicht, so sieht man wohl wie diese Ansicht entstand. Daß sie nur durch dieses Senatusconsult sich bildete, ist klar; hatte man einmal für diese exc. einen Grund gefunden, so bot sich durch den Gegensatz leicht eine allgemeine Regel. Aber der Regel widerstreitet gleich wieder die exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae. Vielleicht haben die römischen Juristen eine allgemeine Regel gar nicht aufstellen wollen, sondern in ihrer Untersuchung nur auf

die beiden Senatusconsulte Bedacht genommen. Wir müssen darnach von dem römischen Versuch absehen. In der Glosse findet sich nur eine Wiederholung, keine Begründung der römischen Unterscheidung; auch Donellus[4]) referirt nur, und neulich wieder Büchel.[5]) Gegenwärtig ist diese Ansicht wohl ganz aufgegeben.[6])

Auch Savigny a. a. O. hält daran fest, daß der Grund, wann eine naturalis obligatio restire, wann nicht, in den Exceptionen selbst liegen müsse, und sucht nun eine allen Exceptionen gemeinsame Regel. Diese soll sein: „diejenigen Exceptionen, welche sich lediglich auf römisches ius civile gründen, lassen in der That für eine fortwirkende nat. obl. Raum, so die exc. scti Maced., rei iudicatae, wegen des sog. benef. competentiae u. s. w.; während schon im ius gentium wurzelnde Exceptionen auch die Zerstörung der naturalis obligatio mit sich führen, so die exc. pacti, doli, iurisiurandi." Die exc. aus dem benef. compet. hat Savigny selbst später zurückgenommen;[7]) davon ganz abgesehen wäre doch zu fragen gewesen, mit welchem Rechte diese exc. eine exc. civilis, die exc. pacti aber eine exc. iuris gentium genannt wird, da doch beide ihre Geltung in gleicher Weise dem Edict und der römischen Jurisprudenz verdanken. Daß die exc. scti Velleiani jener Regel widerstreitet, hebt Savigny selbst hervor.[8]) Durch die Regel Savigny's ist in der That der Zweifel nur auf einen andern Punkt verlegt, nicht ge-

---

4) XIV. c. 11. § 13. 14. 19. c. 12. § 1—14.

5) Civilrechtl. Erört. II. 1. Abth. S. 103—119.

6) S. dagegen Savigny, System V. S. 375—77. — Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I. S. 185.

7) Obligationenrecht, I. S. 106.

8) Daß aber auch die exc. legis Cinciae der Regel Savigny's widerspricht, ist übersehen worden, fr. Vat. § 266. — unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse. (Ulp.)

hoben. Wie mit der römischen Ansicht die exc. rei iudicatae, so läßt sich mit seiner Ansicht nicht die exc. scti Velleiani vereinen. Auch die Art, wie Savigny das eigenthümliche Resultat des sct. Vell. rechtfertigen will, kann ich nicht billigen.[9])

Bei der Frage, wann eine nat. obl. übrig bleibe, muß von den Exceptionen ganz abgesehen werden. Daß neben der exceptio rei in iudicium deductae die nat. obl. noch gilt, liegt doch nicht in der exceptio, sondern in der Thatsache, auf welcher die exceptio ruht: die consumirende Kraft der Litiscontestation ist es doch, die hier wirkt. Daß neben der exc. doli die nat. obl. nicht mehr wirkt, liegt in dem dolus, der dem Andern nicht Gewinn bringen kann; das zeigt sich deutlich bei den neg. bonae fidei, wo der dolus ipso iure, nicht ope exceptionis geltend gemacht wird. Dasselbe wiederholt sich bei der exc. pacti: auch dieses wirkt bald ipso iure, bald ope exceptionis; daß die Naturalobligation hier wie dort gehoben wird, kann kein Zweifel sein[10]). Ebenso steht es bei der exc. iurisiurandi; rücksichtlich dieser erfahren wir von Pomponius ausdrücklich, daß der Grund in dem pactum, das im iusiurandum enthalten ist, liege, und daß auf den Inhalt des iusiurandum d. h. des pactum Alles ankomme. Derselbe schreibt in:

l. 42. pr. D. de iureiur. 12, 2. — Eam rem apertius explicat Julianus; nam si controversia inter creditorem et pupillum fuerit an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenerit ut ab omni conditione (contentione) discederetur si pupillus iurasset, isque iuraverit se dare non oportere, naturalis obligatio hac

---

9) S. oben § 2. S. 7—10.

10) Vgl. l. 95 § 4 D. de solut. 46, 3. Wann das pactum entweder ipso iure oder ope exceptionis wirke, kann uns hier nicht beschäftigen. Auch in l. 95 § 4 ist das iusiurandum dem pactum gleichgestellt; vgl. l. 6 § 3. 4. D. de his qui not. inf. 3, 2. l. 18 C. ex quib. caus. inf. 2, 12. — l. 13 § 2 D. de iureiur. 12, 2. (Jul.)

pactione (exceptione Hal.) tolletur et soluta pecunia repeti poterit. Sin vero creditor quidem se mutuam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur quod tutor eius non intervenisset et hoc tale iusiurandum interpositum est, hoc casu fideiussorem praetor non tuebitur.

Pomponius wurde gefragt: wenn der Pupill geschworen hat se dare non oportere und der Gläubiger nun zum Bürgen geht, an excludendus sit exceptione iurisiurandi? Quid tibi placet rescribe mihi. Er theilt eine Untersuchung Julians mit; dieser aber sagt, das sei quaestio facti. Die Wirkung der Exceptio sei verschieden je nach der Thatsache, die ihr zu Grunde liege. Ist durch das iusiurandum erhärtet worden, daß Zahlung nicht vorausgegangen, dann ist auch von keiner naturalis obligatio die Rede; dieselbe bleibt aber, wenn nur erhärtet wurde, daß sine tutore auctore Zahlung erfolgte. Es kann nicht deutlicher gesagt sein, daß nicht die Exceptio über das Dasein der naturalis obligatio entscheidet, sondern nur was durch die Exceptio geltend gemacht wird. Durch die Exceptio, müssen wir sagen, entsteht kein Recht, aber es wird auch dadurch keines aufgehoben oder gekürzt. Von der Exceptio gilt, was von der Klage gilt. Die Klage ist kein Entstehungsgrund, die Exceptio ist kein Endigungsgrund. Dies mag hier genügen, um auf einem eigenen Weg die Beantwortung obiger Frage zu versuchen.

Ich sehe dabei von den exc. doli, iurisiurandi, pacti ganz ab und richte die Untersuchung nur auf beide Senatusconsulte und auf die lex Cincia. Die exc. scti Maced. und Velleiani haben gegenüber der exc. doli u. s. w. das Gemeinsame, daß sie erst durch ein Prohibitivgesetz begründet sind. Ohne dies Specialgesetz würde das Geschäft gelten und klagbar sein (ab omni exceptione tutum); es liegt keine Thatsache vor, wie dolus, iusiurandum, pactum. Ganz so steht es mit der exc. legis Cinciae. Bei der exc. legis Cinciae und exc. scti Vell. wirkt keine nat. obl. fort, bei der exc. scti Maced. wirkt sie fort. Das Re-

sultat fällt auf, weil der Grund aller drei Exceptionen der gleiche ist, ein Prohibitivgesetz. Der Text der Senatusconsulte führt nicht zu dem verschiedenen Resultat; der Text der l. Cincia liegt uns nicht vor, aber wir dürfen vermuthen, daß er ähnlich den Senatusconsulten geklungen habe. Derselbe kann nicht etwa gelautet haben, ut irrita fiat donatio, weil sonst die Vertheidigung ipso iure genügt hätte. Dann wäre es aus dem Gesetz, also aus dem Grunde der Vertheidigung[10]) zu erklären gewesen, daß nat. obl. nicht restire. Soviel ist hiernach klar, das verschiedene Resultat gründet sich nicht auf die Exceptio; sonst müßten wir es rechtfertigen können aus dem Text des Gesetzes, weil erst durch Gesetz die Exceptio eingeführt ist. Wir sind also auf den Inhalt jener Obligationen hingewiesen, die durch diese Prohibitivgesetze haben verhindert werden sollen. Ich mache hier aufmerksam auf das verschiedene Verfahren, welches im Gegensatz zur exc. doli u. s. w. eingehalten werden muß, um die Frage rücksichtlich der Prohibitivgesetze zu beantworten. Während bei der exc. doli, pacti, iurisiurandi das Verhältniß des dolus, pactum, iusiurandum gegenüber der Obligation über die Nichtexistenz der naturalis obligatio entscheidet, so ist bei der exceptio aus jenen Prohibitivgesetzen, wo solche Thatsachen nicht wirken, eben nur der Inhalt der Obligation allein zu untersuchen und darnach das Restiren einer naturalis obligatio zu bestimmen.[11])

Untersuchen wir nun den Inhalt dieser Obligationen. Die Schenkung ist Vertrag auf Hingabe ohne Gegenleistung. Durch

---

10) Wie das ist beim sct. Hosidianum, s. oben § 18.

11) So erklärt sich wohl, warum die römischen Juristen augenscheinlich nur die exce. scti Maced. und Velleiani in Untersuchung gezogen. Leicht möglich, daß Marcianus in l. 40. pr. cit. neben der exc. Vell. auch der exc. l. Cinciae gedachte, die aber von Tribonian als unpraktisch gestrichen wurde.

die lex Cincia wurde Schenkung durch Stipulation ausgeschlossen. Seitdem war also jede Stipulation donandi animo eine Stipulation sine causa. Wenn nun eine Stipulation sine causa vorliegt, so haftet zwar der Schuldner und sein Bürge ipso iure, aber sie haben die exceptio doli. Der dolus wird motivirt z. B. numeratam pecuniam non esse oder rem neque emtam neque traditam esse. Man könnte meinen, der Bürge dürfe der Exceptio sich nicht bedienen, weil er ja auch für eine naturalis obligatio sich verpflichten könne. Aber sie steht ihm doch zu [13]), ohne Rücksicht auf Regreß. Wir dürfen schließen, daß in der stipulatio sine causa keine naturalis obligatio implicirt ist: im Fall irrthümlicher Zahlung hat also die condictio Statt. Dies ist das Dogma: qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Eben dieses Dogma trägt Ulpian vor bei der exceptio legis Cinciae in Fr. Vat. § 266. lib. 1. ad ed. de reb. cred. Indebitum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur (iure civili), sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat i. e. perpetuam exceptionem. [14]) Quare hoc quoque repeti poterit si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, rel. Die exc. doli gegen eine Stipulation sine causa macht geltend „pecuniam numeratam non esse“ und Aehnliches. Die exc. l. Cinciae gegen die Stipulation donandi animo macht die l. Cincia geltend, wo-

[13]) l. 15 pr. D. de fideiuss. 46, 1. Si stipulatus esses a me sine causa et fideiussorem dedissem et nollem eum exceptione uti sed potius solvere, ut mecum mandati iudicio ageret, fideiussori etiam invito me exceptio dari debet; interest enim eius pecuniam retinere potius quam solutam stipulatori a reo repetere. Es ist zu beachten, daß in dem letzten Satz es sich nicht um die Regreßklage (mandati) handelt, sondern um die condictio. Denn der fideiussor wußte, daß die stipulatio sine causa war; vgl. l. 29 pr. D. mand. 17, 1.

[14]) Vgl. l. 26 § 3 D. de cond. indeb. 12, 6.

durch eine solche Stipulation zur Stipulation sine causa geworden, während bis dahin der animus donandi als reelle causa galt. Es kann kein Zweifel sein, daß der Ausschluß der nat. obl. nicht in der Art der exceptio, also überhaupt nicht in der exceptio liegt. Nicht um der exceptio willen, sondern um einer bestimmten Thatsache willen ist eine naturalis obligatio nicht vorhanden. Diese Thatsache ist bei der exc. l. Cinciae, daß durch dies Gesetz der animus donandi bei Stipulationen nicht mehr gilt als causa.

Ganz ähnlich ist es mit der exc. scti Velleiani. Die Bürgschaft ist, wie die Schenkung, ein Vertrag auf dare, ohne empfangen zu haben. Insofern ist die fideiussio eine stipulatio sine causa, sie wäre also ope exceptionis ungültig. Das hieße die Bürgschaft zur juristischen Unmöglichkeit machen. Der Hergang der Sache zeigte, daß der Bürge die causa der Hauptschuld für sich gelten lassen wolle und müsse, wenn er Bürge sein will. [15]) Ist nun causa der Hauptschuld vorhanden, so haftet der Bürge und die exc. doli gilt ihm nicht. Ist causa der Hauptschuld nicht vorhanden, so gilt ihm die exc. doli; und wenn er per errorem doch zahlt, so condicirt er. Es besteht keine nat. obl., nicht weil sie durch die exceptio beseitigt ist, sondern weil es an der causa fehlt, kraft deren eine solche Obligation in seiner oder des Schuldners Person hätte entstehen können. Durch das sct. Vell. ist nun die Bürgschaft der Frauen wieder zur stipulatio sine causa geworden. Das Resultat ist,

---

[15]) Dieses Dogma ist erst wissenschaftlich festgestellt worden. Die Bürgschaft in Form der sponsio und fide promissio galt, auch wenn die Hauptschuld sine causa war, Gaius III, 119. Dies konnte nun jedenfalls nicht gelten, wenn der sponsor, fidepromissor contra l. Cinciam gestellt war. Dadurch entwickelte sich wahrscheinlich der spätere Satz, daß die fideiussio die Existenz der Hauptschuld voraussetze. Puchta, Instit. III S. 45., sieht in Gaius III. 119 nur Ausnahmen; dagegen auch Girtanner, Bürgschaft S. 5. Wie Puchta auch Bekker, processualische Consumtion S. 190. 91.

wie bei der l. Cincia, wie bei jeder anderen stipulatio sine causa (ohne donandi, fideiubendi animus): eine naturalis obligatio ist nicht[16]) entstanden, sie wird also nicht erst durch die exceptio zerstört.

Ganz anders bei der exc. scti Macedoniani. Das Senatusconsult setzt voraus mutua pecunia data. Aus mutua pecunia data entsteht naturalis obligatio. Von allen Quellenzeugnissen abgesehen beweist dies schon der Umstand, daß wer in Folge einer stipulatio sine causa (non numerata pecunia) zahlt condiciren kann: eine naturalis obligatio bestand mithin nicht. Das Senatusconsult hebt nun die Thatsache, daß mutua pecunia data ist, nicht auf (s. oben § 18). Also bleibt die naturalis obligatio, nicht wegen „der schwächeren Wirkung" der exc. scti[17]) Maced. Das Gegentheil hieße: durch exceptio können Thatsachen aufgehoben werden. Das behauptet Savigny, wenn er Exceptionen unterscheidet in solche, welche die nat. obl. zerstören, und in solche, welche diese Wirkung nicht haben. Durch die Exceptio werden Thatsachen nur geltend gemacht, nicht geschaffen, nicht aufgehoben; so wenig wie durch actio. Die Thatsache, welche durch exc. scti Maced. geltend gemacht wird, ist aber das sctum selber.

Das Resultat ist: durch eine exceptio wird die naturalis obligatio nicht zerstört, und es bleibt eine solche auch nicht übrig trotz der exceptio. Weder die Fortdauer noch der Ausschluß der

---

[16]) Donellus XII c. 30 § 5 erklärt den Ausschluß der nat. obl.: „senatum etiam genus ipsum totum intercessionis improbasse ut continens virile et civile officium." Diesen Grund wiederholt Savigny, System V. S. 379 Note m., Obligationenrecht I S. 120. — Nun sagt aber Donellus XII c. 24 § 8 doch auch vom sct. Maced.: „senatum speciem mutui prohibere voluisse."

[17]) Wie Savigny meint; Donellus XIV c. 12 § 14. erklärt mit dem bedenklichen Dogma: qui eiusmodi exceptionem (in odium creditoris) habet, debet natura" und nennt nun gar in § 4 ibid. diese „naturalis obligatio huic exceptioni adiuncta"!

naturalis obligatio hängt von der Exceptio ab. Die Existenz einer Exceptio ist ohne Einfluß auf die Existenz einer naturalis obligatio. Ganz dasselbe schreibt Papinian rücksichtlich der exc. rei in iudicium deductae in

l. 50 § 2 D. de pec. 15, 1. Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit non magis repetere potest, quam si iudicium dictatum non fuisset: eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio quam etiam servus accipere videtur in litem translata non est.

Papinian sagt ganz ausdrücklich [18]): mag die exc. rei in iudicium deductae begründet sein oder nicht, die Fortdauer der naturalis obligatio ist nicht davon bedingt. Naturalis obligatio in litem translata non est. Wenn eine naturalis obligatio der klagbaren Schuld zu Grunde liegt, so hört sie nicht auf durch Litiscontestation; liegt keine nat. obl. zu Grunde, so kann eben auch keine zurückbleiben: das ist der Schluß, auf den uns Papinian führt. Und auf diesem Satz ruht meine bisherige Darstellung.

Dieser Satz in Anwendung auf die excc. scti Maced., Velleiani und l. Cinciae lautet: Weil der stipulatio donandi animo und der stipulatio intercedendi animo eine naturalis obligatio nicht unterliegt, so kann sie weder durch die exc. l. Cinciae und exc. scti Vell. noch durch die exc. rei in iudicium deductae erst zerstört werden. Und weil aus mutua pecunia

[18]) Eine Anwendung desselben Dogma's bei Proculus in l. 84 D. de solut. 46, 3. Egisti de peculio servi nomine cum domino; non esse liberatos fideiussores eius respondit. Vgl. l. 38 § 2 eod. — Ich finde in diesen Stellen eine Bestätigung für die oben durchgeführte Ansicht, daß der Bürge des Hauskindes durch Litiscontestation des Letzteren nicht liberirt werde. S. 115 ffg.

data eine naturalis obligatio entsteht, so bleibt sie auch trotz der exc. scti Maced. und trotz der exc. rei in iudicium deductae; denn durch die exc. scti Maced. wird nicht geltend gemacht mutuam pecuniam datam non esse, und für die exc. rei in iud. deductae gilt: quia naturalis obligatio in litem translata non est.

Es muß hier genügen, die Unhaltbarkeit der Savigny'schen Theorie nachgewiesen und durch die Vergleichung der exceptiones scti Maced. u. s. w. die Ueberzeugung begründet zu haben, daß das Dasein oder die Richterisstenz einer nat. obl. nicht abhänge von dem Charakter der exceptio. Ist meine Darstellung richtig, so haben wir damit einen positiven Begriff der naturalis obligatio gewonnen. Es setzt nun zwar die volle Einsicht in die Wahrheit der gegebenen Erörterung voraus, daß ein solcher substantieller Begriff der nat. oblig. sich aufzeigen lasse; aber es muß dies einer besonderen Abhandlung überlassen bleiben.

Wir kommen zur zweiten Frage, ob nach dem sct. Macedonianum nur eine naturalis obligatio entstehe oder eine civilis et naturalis obligatio von Anfang vorhanden sei und sich das Dasein der naturalis obligatio erst später entscheide? v. d. Pfordten[19]) betrachtet die naturalis obligatio contra sctum Maced. als einen „casus singularis, in quo licet et civilis et naturalis obligatio oriatur, tamen in odium creditoris constitutum est, ut actio summoveri possit exceptione quae naturalem obligationem non tollit." Es ist wahr, daß nach dem sctum Maced. die obligatio ipso iure besteht;[20]) aber die Frage ist, welche obligatio bestehe, die civilis oder die naturalis? Eine civilis obligatio entsteht nun aber gar nicht nach den Worten des Senatusconsultes „ne actio daretur": die exceptio scti macht nur diese Bestimmung des Senatusconsults

[19]) De obligationis civilis in naturalem transitu. p. 12.

[20]) So auch Savigny, System V. S. 372.

geltend. Also entsteht nur eine naturalis obligatio.[21]) Nach der l. Cincia, dem sct. Vell. entsteht weder eine civilis obligatio, noch eine naturalis obligatio: daher die obligatio contra sct. Vell. eine „inanis obligatio" heißt.

§ 25. Geltung der exceptio bei vorhandenem pec. adventicium.

In den Quellen ist die Frage nicht entschieden, ob das Hauskind die exc. scti gebrauchen könne, wenn es ein peculium adventicium hat. Unsere Juristen sind nicht einig.[1]) Am meisten begegnen wir der Ansicht, daß jedenfalls einem pec. advent. irregulare gegenüber die exc. nicht Statt habe.[2]) Die Gründe dafür sind, daß ja das Hauskind insoweit als paterfamilias gelte, und dem Hauskinde volles Eigenthum zuerkannt sei. Diese Gründe werden, auch für das pec. adv. irreg., in einem Leipziger Programm[3]) bestritten. Das Hauskind gelte trotzdem nicht als paterfamilias, was der Mangel der Testamentsfähigkeit beweise. Auch sei es wohl von Justinian bedacht, daß Dritte nicht die Macht haben sollen durch Zuweisungen von Vermögen an Hauskinder dieselben zu Hausvätern zu machen. Endlich sei der wahre Grund des Senatusconsultes nicht die Vermögensunfähigkeit, sondern „quod filiusfamilias est, — quod pecuniae datio perniciosa parentibus visa est et quod saepe materiam peccandi malis moribus praestaret." Nirgend setzten die röm. Juristen den Grund in die Eigenthumsunfähigkeit; dieser Grund würde auch jeden anderen Contract unter das Senatusconsult

[21]) So auch Donellus, XII c. 25 § 10 vgl. XIV c. 11 § 19, den v. d. Pfordten mit Unrecht für seine Ansicht citirt.

[1]) Die Literatur darüber bei Glück, XIV S. 349.

[2]) So auch Vangerow, Leitf. I S. 520, Sintenis, II S. 511, Anm. 48. — Donellus, XII c. 28 § 14, verweigert nur die condictio im Fall der Zahlung; über die Zuständigkeit der exc. schweigt er.

[3]) Quaestiones ad sct. Maced. 1849. p. 6—10.

gestellt haben.[4]) Soweit das Programm. Diese Gründe haben viel Schein. Aber paterfamilias und Vermögensfähigkeit, filiusfamilias und Vermögensunfähigkeit fallen juristisch zusammen. Der Mangel der Testamentsfähigkeit rücksichtlich dieser Peculien steht als eine singuläre Ausnahme da, die meines Erachtens nicht zu juristischen Folgerungen benutzt werden kann. Der einzige haltbare Grund könnte wohl nur darin gefunden werden, daß auch jetzt noch ignorante vel invito patre ein Darlehen vom Hauskinde nicht aufgenommen werden dürfe. Der Umstand, daß patria potestas noch besteht, würde also die Geltung des Senatusconsultes fordern. Aber das „ignorante vel invito patre“ erscheint dann gleichgültig, wenn das Hauskind eigenes Vermögen hat. Die Haftung des Vaters de peculio, die durch jenes Erforderniß ausgeschlossen werden sollte, hat doch die zwei Voraussetzungen, daß aus einem andern Grunde der Vater nicht haftungspflichtig erklärt werden kann, und daß das Hauskind juristisch nichts Eigenes habe. Wo diese letzte Voraussetzung nicht zutrifft, da muß auch das Hauskind selbst haften; und die exceptio scti in seiner Person hat nicht Statt, der Vater aber haftet ipso iure nicht. Und es muß dies gelten beim pec. advent. regulare, wie irregulare. Aus dem Recht des Vaters am pec. advent. regulare folgt nur, daß die Zahlung daraus nicht ohne dessen Willen erfolgen kann;[5]) aber das Hauskind wird zum iudicatus. Wird nun das Hauskind frei von der patria potestas, so kann es gegen die cond. mutui, wie gegen die actio iudicati die exc. scti nicht gebrauchen; auch für seine Erben gilt die exceptio nicht. Von diesem letzteren Satz aber müssen wir wohl ausgehen, um die obige Frage zu beantworten.

---

[4]) Dagegen s. oben § 14.

[5]) Auch beim pec. adv. irregulare gilt dasselbe, so lange das Hauskind noch nicht „perfectae aetatis“ ist d. h. noch nicht 14 Jahre alt.

§ 26. Geltung des Senatusconsultes im heutigen gemeinen Recht.

Die Gründe des Senatusconsultes sind

1.) Die Vermögensunfähigkeit des Darlehensempfängers (§ 4—7.)

2.) Der Schutz des Vaters gegen die actio de peculio. Es wurde der Satz, daß iure communi der Hausvater aus den Contracten seines Hauskindes wenigstens de peculio hafte, soweit aufgehoben (§ 8—13.).

3.) Die gefährliche Natur des mutuam pecuniam accipere (§ 14—17.).

Die gefährliche Natur des Gelddarlehens ist aber eine allgemeine, gleich für Hausväter wie für Hauskinder. Wir sehen daraus, daß der dritte Grund mindestens den ersten zur nothwendigen Voraussetzung hat; er ist insofern nur secundär und gibt nur Aufschluß darüber, warum der Senat auf mutua pecunia data sich beschränkte. Denn nach dem ersten Grunde müßte die gleiche Bestimmung für alle Contractsschulden von Hauskindern erwartet werden. Dann hätte aber auch der zweite Grund nicht wirken können und das Senatusconsult müßte gelten, ohne Unterschied ob voluntate patris oder sine voluntate contrahirt worden, wie das ist nach dem Edict quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicetur (§ 3.)

Die Frage, ob das Senatusconsult noch gemeinrechtlich gelte, kann also nicht durch Rücksicht auf den dritten Grund entschieden werden. Deßhalb, weil die gefährliche Natur des Darlehens geblieben ist und bleiben wird, kann die Geltung des Senatusconsultes nicht behauptet werden.[6]) Wer das meint, giebt dem Senatusconsult die Bedeutung eines Polizeigesetzes, einen criminalpolitischen Gesichtspunkt. Dann abe'r muß das Senatusconsult

---

6) So Glück, XIV S. 354. „Der Grund daß den Söhnen durch den Geldcredit keine Gelegenheit zu Ausschweifungen gegeben werde, findet auch noch jetzt Statt.“

gelten, das Darlehen mag sciente vel ignorante patre, in rem patris oder nicht gegeben sein; dann darf auch Zahlung nicht gelten, weil sich das Dasein einer naturalis obligatio mit einer polizeilichen Bestimmung nicht verträgt, wie dies die Spielschulden bezeugen. Daß die römischen Juristen diesen polizeilichen Charakter des Senatusconsultes nicht beachtet haben, wird aus der bisherigen Erörterung wohl klar geworden sein.

Es bleibt sonach nur der erste und zweite Grund übrig. Das römische Dogma von der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder haben wir im heutigen gemeinen Recht nicht; ich behaupte sogar, daß dieses Dogma schon zu Justinians Zeit nicht mehr bestand. Die väterliche Gewalt ist nicht mehr Grund, daß die Hauskinder vermögensunfähig sind. Insofern darf meiner Ansicht nach kein Zweifel sein, daß sowohl das beneficium competentiae, als auch die exc. scti für die Hauskinder weggefallen sei. Nur ist damit nicht gesagt, daß dem Vater des Schuldners die exc. scti nicht mehr zustehe; derselbe braucht sie aber juristisch nicht, da er ipso iure nicht haftet.

Sonach kommt Alles auf den zweiten Grund an. Ist der Schutz des Vaters gegen die actio de peculio noch nöthig? Es ist gewiß, daß zur Haftung des Vaters heut zu Tage aus Obligationen des Hauskindes entweder iussus eius (scientia) oder in rem patris versum vorliegen muß. Die Haftung des Vaters de peculio kennen wir nicht. Wir haben auch nicht mehr die naturales obligationes zwischen Vater und Kind, weil wir nicht mehr das peculium (profectitium) im Sinne der Römer haben als das Conto-Corrent für Beide mit der Wirkung nach außen. Ich kann, auch wenn sich dem peculium ähnliche Verhältnisse bei uns finden, darin nur ein nach innen wirkendes Verhältniß erblicken, das äußerlich, für Dritte, nicht in Betracht kommt. Auch darf doch gefragt werden, ob mit dem Dogma der universalen Vermögensfähigkeit sich das pec. profectitium der Römer verträgt? Denn das Letztere erklärt sich doch nur aus dem

römischen Dogma der Vermögensunfähigkeit. Hiernach ist bei uns ein Gesetz, wodurch die Haftung des Vaters de peculio ausgeschlossen würde, weder für Darlehen noch für andere Schulden nöthig. Nur hierum kann es sich aber fragen; denn im Fall des iussus, des in rem versum u. s. w. cessirte schon bei den Römern das Senatusconsult und galt für den Vater wie für das Hauskind die exc. scti nicht. Sonach muß auch aus dem zweiten Grunde das Senatusconsult die Anwendbarkeit bei uns verloren haben.

Das Resultat ist: wegen mutua pecunia data haftet das Hauskind bei uns, wie aus jedem andern Contract.[7]) Der Vater bedarf nicht erst der exc. scti Macedoniani, weil wir Haftung de peculio nicht kennen; dagegen haftet er, wie bei den Römern, im Fall des iussus und in rem versum. Das ius singulare des Senatusconsultes gilt nicht mehr, weil die beiden ersten Gründe nicht mehr zutreffen, der dritte aber in der Person der Hausväter ebenso wahr ist als in der Person der Hauskinder.

[7]) Da aber wo die väterliche Gewalt den Charakter eines vormundschaftlichen Verhältnisses hat, wird aus diesem Grunde jede Schuld, nicht bloß die Darlehensschuld des Hauskindes unklagbar sein, wenn sie ohne Wissen des Vaters entstand; so ist dies bestimmt nach Hamburger Recht Baumeister, das Privatrecht der Stadt Hamburg. II. S. 51. Note 41., eben so nach dem Österr. bürg. Gesetzbuch § 152. 244. Auch das Preuß. Landrecht geht doch von demselben Gedanken aus, wenn die Rechtsbeständigkeit aller von Hauskindern übernommenen Verbindlichkeiten von der Einwilligung des Vaters abhängen soll: was aber in Betreff des „freien Vermögens" nicht gilt, wenn ein großjähriger filiusfamilias sich verpflichtet. Aus dem letzteren Satz erhellt ganz deutlich, wie auch nach Preuß. Landrecht väterliche Gewalt und Vormundschaft auf einander bezogen sind. Vgl. dazu Bornemann, das Preuß. Civilrecht V S. 307—314. Dies, daß die väterliche Gewalt bei uns wenn nicht allein ein vormundschaftliches Verhältniß ist, doch sicher die Momente des letzteren in sich aufgenommen hat, möchte ich als das Princip bezeichnen, von welchem aus bei uns die Verpflichtung der Hauskinder aus jeglichem Contract, nicht bloß wegen Darlehen beurtheilt werden muß.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.

Dietzel, Gustav,

Das Senatus consultum Macedonianum eine civilistische Monographie

Leipzig 1856